Wirkung der Anfechtung
nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Gerd Wendt
Referendar.

Rostock i. M.
Winterbergs Buchdruckerei.
1931.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Literaturverzeichnis.

Bartmann, Anfechtung von Grundstücksbelastungen nach dem Anfechtungsgesetz, DJZ 1929 S. 1678.

Busch, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses. Stuttgart 1884.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1. Bd. Berlin 1908, 2. Aufl.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. Berlin 1904.

Förtsch, Über die Folgen der durch die neue Gesetzgebung anerkannten Eigenschaft der paulianischen Anfechtung als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Recht 1900 S. 181.

Gaze, Die rechtliche Folge der Anfechtung einer anfechtbaren Rechtshandlung im Konkurse. Hall. Diss. 1903.

Geib, Die Zwangsvollstreckung in den anfechtbaren Erwerb eines Kriegsteilnehmers. Arch. ziv. Prax. Bd. 113 S. 335.

derſ., Gläubigeranfechtung durch Einrede. Arch. ziv. Prax. Bd. 119 S. 157.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht. Berlin 1929.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. IV und VII.

Hartmann-Meikel, Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners. 6. Aufl. Berlin 1913.

Hellmann, Die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung. Bl. f. RAnw. Bd. 70 (1905) S. 401.

derſ., Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes. Berlin 1907.

Hellwig, Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen KO. ZZP Bd. 26 S. 475.

derſ., Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

derſ., Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

derſ., Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hohmann, Die Anfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses in vergleichender Darstellung. Berlin 1911.

Jaeger, Kommentar zur KO und den Einführungsgesetzen. Bd. I. 6./7. Aufl. 1930.

derſ., Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (AnfG). Berlin 1905.

derſ., Konkursrecht (in Kohlrausch-Kaskel, Enzyklopädie). Berlin 1924.

derſ., Die Pfändung anfechtbar veräußerter Gegenstände. LZ 1913 Sp. 23.

Kaufmann, Einstweilige Verfügung und Arrest zum Schutze des Gläubiger-Anfechtungsanspruches. JW 1920 S. 1023.

Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II, 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1912.

derſ., Die Wirkung der Gläubigeranfechtung. DJZ 1903 S. 386.

Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes. 2. Aufl. Stuttgart 1903.

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse. Berlin 1882.

Lange, Die neuesten Versuche zur Rettung der Dinglichkeitslehre der Gläubigeranfechtung. Leipziger Diss. 1912.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen BGB. Leipzig 1903.

Lenhard, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung. ZZP Bd. 38 S. 165.

Linsmayr, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger. München 1900.

Lippmann, Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechtes. Iher. Jahrb. Bd. 36 S. 145.

List, „Unwirksamkeit bestimmten Personen gegenüber" als Folge der Gläubigeranfechtung, ihr Wesen und ihr Verhältnis zur bürgerlich-rechtlichen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Ztschr. f. HR. Bd. 72 S. 104.

v. Lübtow, Klageantrag und Urteilsformel bei Anfechtung von Grundstücksbelastungen. JW 1930 S. 1480.

Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. Aufl. 1928.

Menzel, Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht. Wien 1886.

Meyer, Karl, Wirkt die Gläubigeranfechtung nunmehr dinglich oder obligatorisch? JW 1902 S. 613.

Müller, Hermann, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger innerhalb und außerhalb des Konkurses. Tübinger Diss. 1902.

Oertmann, Die Wirkung der Gläubigeranfechtung. ZZP Bd. 33 S. 1.

Otte, Heilung einer unwirksamen Pfändung durch Anfechtung außerhalb des Konkurses. Berlin 1911.

Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen .... Leipzig 1881.

Petersen-Kleinfeller, KO für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1900.

Reichmayr, Die Idee der Gläubigeranfechtung. Wien und Leipzig 1913.

Riehl, Das System des Deutschen Gläubigeranfechtungsrechts. Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 161, 497.

Sarwey-Boßert, Die KO für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1901.

Schäfer, Die Einzelgläubigeranfechtung ... Berlin 1930.

Schulin, Das Problem der Gläubigeranfechtung. LZ 1922 Sp. 601.

Schulz, Fritz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Arch. ziv. Prax. Bd. 105 S. 1.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.

Stein-Jonas, Die ZPO für das deutsche Reich. 14. Auflage. Tübingen 1929.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I und II, 2. Leipzig 1910, 1914.

Voß, Über das materielle Verhältnis der Konkursanfechtung und der Gläubigeranfechtung nach eröffnetem Verfahren. Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 233.

derſ., Über den Begriff „Unwirksamkeit" in § 29 KO und § 1 AnfG. Iher. Jahrb. Bd. 51 S. 413.

derſ., Die Wechselbeziehungen zwischen Schuldanfechtungsrecht und Veräußerungsverbot. LZ 1910 Sp. 520, 591.

derſ., Über Aufrechterhaltung der Vollstreckungspfändung und des Absonderungsrechtes durch Anfechtungseinrede oder Replik. Ztschr. f. HR. Bd. 60 S. 386.

Walsmann, Der Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts. Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 297.

Warneyer, Kommentar zum Anfechtungsgesetz. Berlin 1930.

Wendt, Die Konkurs- und Gläubigeranfechtung. Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 442.

Wernecke, Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage. LZ 1912 Sp. 816, 886.

v. Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.

Wolff, Th., Die Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1921.

Abkürzungen.

Arch. ziv. Prax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Bl. f. RAnw.	=	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung.
Gruch. Beitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.
Iher. Jahrb.	=	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, jetzt des bürgerlichen Rechts, begr. von Ihering.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
Lehrb.	=	Lehrbuch.
OLG	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG	=	Entscheidung des Reichsgerichts.
Ztschr. f. HR.	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begr. von Goldschmidt.
ZZP	=	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begr. von Busch.

Dispoſition.

Seite

§ 1. Einleitung 9

Ausführung:

§ 2. Vorbemerkung: Konkursanfechtung und Gläubigeranfechtung 9

§ 3. I. Die Stellung des Anfechtungsrechts im Rechtsſyſtem . . 11

II. Die Wirkung der Anfechtung

A. Theoretiſche Erörterungen

§ 4. 1. Überblick 13

§ 5. 2. Die Obligationstheorie

a) Darſtellung 14

b) Begründung und Kritik 14

§ 6. 3. Die Dinglichkeitstheorien

a) Darſtellung im allgemeinen 17

b) Die Hellwigſche Theorie 19

aa) Begründung 19

bb) Widerlegung 20

c) Kritik der ſonſtigen Dinglichkeitstheorien . . . 32

aa) Theorie von Lenhard 32

bb) Theorie von Geib 32

cc) Theorie von Voß 34

§ 7. 4. Darſtellung und Kritik der übrigen Theorien . . . 35

a) Theorie von Lippmann 35

b) Theorie von Reichmayr 36

c) Theorie von Schulz 37

§ 8. 5. Der Anfechtungsanſpruch 38

a) Entſtehung 39

b) Art 41

c) Rechtliche Natur 41

B. Die Wirkung der Anfechtung in der Praxis

§ 9. 1. Die Wirkung im allgemeinen 44

a) § 37 Abſ. 1 KO (§ 7 Abſ. 1 AnfG) 44

b) Die folgenden Paragraphen 45

Seite

§ 10. 2. Anwendung der Obligationstheorie auf bestimmte Fälle 46
a) Anfechtung von Grundbucheintragungen . . . 46
b) Veräußerung des Anfechtungsgegenstandes während des Anfechtungsprozesses 47
c) Konkurs des Anfechtungsgegners 47
d) Pfändung der Sache durch einen Dritten . . . 47
e) Anfechtung von Grundstückbelastungen 48

§ 1.
Einleitung.

Oft nimmt ein Schuldner, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet oder gegen den die Zwangsvollstreckung wegen einer Einzelforderung betrieben werden soll, Rechtshandlungen vor, durch die das Befriedigungsrecht der Gläubiger, das durch das Konkursverfahren oder die Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden soll, gefährdet wird. So wird häufig versucht, durch Verschleuderung der letzten Vermögenswerte den drohenden Zusammenbruch aufzuhalten; es werden Gegenstände durch Veräußerung an Familienangehörige und gute Freunde dem Zugriffe der Gläubiger entzogen, oder es werden nahestehende Gläubiger in Höhe ihrer ganzen Forderung befriedigt, während die übrigen Gläubiger sich mit der Konkursquote begnügen müssen. Wenn der Zweck des Konkursverfahrens bezw. der Zwangsvollstreckung, das ist die weitmöglichste Befriedigung der Gläubiger, durch solche Handlungen des Schuldners nicht vereitelt werden soll, müssen Werte, die so aus dem Vermögen des Schuldners gekommen sind, vom Zugriffe der Gläubiger mit erfaßt werden; dies geschieht durch die Gläubigeranfechtung. Schon in den meisten früheren Rechten bekannt, hat dieses Institut auch in dem geltenden deutschen Rechte Aufnahme gefunden, und zwar ist es als Anfechtung innerhalb des Konkursverfahrens geregelt in der Konkursordnung vom 10. 2. 1877 in der durch die Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 festgestellten Form, als außerkonkursmäßige oder Einzelgläubigeranfechtung im Gesetze betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. 7. 1879, abgeändert durch das Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Änderungen der KO vom 17. 5. 1898.

Die Wirkungen dieser Anfechtung zu untersuchen, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

Ausführung.

§ 2.
Vorbemerkung: Konkursanfechtung und Gläubigeranfechtung.

Es sind also zwei Arten von Anfechtung zu unterscheiden: die Einzelanfechtung und die Anfechtung im Konkurse. Beide haben den gleichen Zweck, die Zugriffmasse der Einzelvollstreckung bezw. des Konkurses zu vergrößern; beide sind auch in ihrer rechtlichen Natur gleichartig und daher in den Gesetzen oft wörtlich übereinstimmend geregelt worden. Zum Beweise dafür, daß die Konkursanfechtung in ihrem rechtlichen Wesen der Einzelanfechtung vollkommen gleicht, sei auf die

Vorschriften des § 13 Abs. 2 und 3 Anf.-G. hingewiesen; danach kann, wenn nach erfolgter Einzelanfechtung über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet wird, der Konkursverwalter den Anfechtungsprozeß nach den Vorschriften der Konkursanfechtung weiterführen, ohne daß dazu eine Klageänderung nach § 264 ZPO erforderlich wäre.

Daß das Anfechtungsrecht innerhalb des Konkurses hinsichtlich seiner rechtlichen Natur von dem Gläubigeranfechtungsrecht nicht zu unterscheiden ist, wird auch in der Literatur fast allgemein anerkannt.[1] Auch die Materialien zum AnfG gehen davon aus, daß die Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses auf den gleichen Grundlagen beruht, daß die Vorschriften der Konkursanfechtung nur auf die anders liegenden Verhältnisse der Einzelanfechtung zu übertragen sind.[2] Aus dem Unterschied zwischen Einzelvollstreckung und Konkursverfahren ergeben sich jedoch Unterschiede in der Art und im Umfange der aus den Anfechtungsrechten entspringenden Rückgewähransprüche.

Die Gläubiger sollen durch die Anfechtung nicht besser gestellt werden, als wenn der Gegenstand, dessen Veräußerung usw. angefochten wird, noch zum Vermögen des Schuldners gehörte. Der Zweck der Einzelanfechtung ist also erfüllt, wenn dem Gläubiger in Höhe seiner Forderung die Zwangsvollstreckung in den betreffenden Gegenstand ermöglicht wird. Vom Konkurse wird dagegen das gesamte Vermögen des Schuldners erfaßt; der Konkursverwalter soll es zu Geld machen, um es so für die gemeinsame Befriedigung aller Gläubiger verwenden zu können. Hier ist es also erforderlich, daß der ganze Erwerb tatsächlich in die Masse eingeschossen wird.

Das Einzelanfechtungsrecht ist ein Individualrecht jedes einzelnen Gläubigers, kann also von jedem Gläubiger geltend gemacht werden, während bei der Konkursanfechtung das Anfechtungsrecht von den einzelnen Gläubigern auf den Konkursverwalter übergegangen ist, der allein befugt ist, es auszuüben (§ 36 KO). Der Konkursverwalter hat dieses Recht nicht als gesetzlicher Vertreter aller Gläubiger[3]; denn bei den entgegenstehenden Interessen der verschiedenen Konkursgläubiger ist es undenkbar, den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft anzusehen. Vielmehr übt er seine Befugnisse und so auch das Anfechtungsrecht kraft des ihm übertragenen Amtes im eigenen Namen aus.

[1] a. A. nur Menzel Anfechtungsrecht S. 29 ff., 262 ff., 274/75.
[2] Begründung S. 9 ff. bei Hahn, S. 734/35.
[3] So Jaeger, KO § 29 Anm. 2.

Auch die Voraussetzungen der Konkursanfechtung sind gegenüber denen der Einzelanfechtung erweitert (§ 30, „besondere Konkursanfechtung"), worin ein „bedeutsames Gegengewicht gegen den unsere Zwangsvollstreckung beherrschenden Grundsatz vom Vorrange des Erstzugriffes"[1]) zu erkennen ist.

Festzuhalten ist jedoch, daß im Prinzip die Wirkung der Anfechtung sowohl außerhalb wie innerhalb des Konkurses die gleiche ist, nur der Inhalt ist verschieden; „die Verschiedenheit ist keine materiellrechtliche, sondern sie liegt in der Art der Vollstreckung"[2]). Es ist demnach im ersten Teile der Arbeit, in dem die theoretischen Grundlagen der Wirkung der Anfechtung untersucht werden sollen, von einer gesonderten Behandlung der beiden Anfechtungen abzusehen; erst bei Anwendung des erzielten Ergebnisses auf praktische Fälle wird sich ein Unterschied in den Wirkungen zeigen.

§ 3.

I. Die Stellung des Anfechtungsrechtes im Rechtssystem.

Unter Verkennung der im vorigen Paragraphen festgestellten Tatsache, daß Konkurs- und Einzelgläubigeranfechtung ihrer rechtlichen Natur nach gleichartig sind, wird in der Literatur das Gläubigeranfechtungsrecht zuweilen als eine Institution des Prozeßrechtes angesehen. Soweit bei Beurteilung dieser Frage auch das Konkursanfechtungsrecht in Erwägung gezogen wird, wird allerdings kaum bestritten, daß die Anfechtung im Konkurse jedenfalls auf materiellem Rechte beruhe und ein positives, privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen der Konkursmasse und dem Anfechtungsgegner begründe[3]); die Vorschriften der KO, besonders die des § 37, dürften mit dieser Ansicht nicht vereinbar sein. Die Frage sei aber bei der Einzelgläubigeranfechtung anders zu beantworten. Die Anfechtung habe den Zweck, die Möglichkeit des Zwangszugriffes gegen den Schuldner zu erweitern, sie sei „ein Ausfluß der Exekutionsbefugnis des Gläubigers, eine Ergänzung der Exekutionsvollstreckung und daher ein revokatorisches Rechtsmittel zur Ausführung der Exekution"[4]). Hierbei wird übersehen, daß die Anfechtung sich gar nicht mehr gegen den Schuldner richtet, sondern gegen einen Dritten, der den anfechtbaren Erwerb jetzt in den Händen hat. Es ist aber nicht möglich, daß gegen jemand

[1]) Jaeger, KO § 29 Anm. 2.
[2]) Lenhard, ZP Bd. 38 S. 193.
[3]) a. A. Linsmayr, S. 95 Anm. 1.
[4]) Preuß. Obertribunal v. 12. 1. 1874 Bd. 73 S. 121. vgl. nach Jaeger, KO § 29 Anm. 8. Ähnlich auch Lippmann, Jhr. Jahrb. Bd. 36 S. 147, 189.

die Zwangsvollstreckung betrieben wird, der nicht aus materiellrechtlichen Gründen verpflichtet wäre, sie zu dulden. Um diesem Einwande aus dem Wege zu gehen, wird auch behauptet[1]), das Anfechtungsrecht sei eine prozessuale Einrichtung, und zwar eine Ausdehnung der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner; ihr entspräche aber auf der materiellrechtlichen Seite eine Haftungspflicht des Anfechtungsgegners. Dieser hafte sachlich beschränkt mit dem anfechtbaren Erwerb nebst Zuwachs und Ersatz für die Forderung des anfechtenden Gläubigers. Wenn diese sachliche Haftung nicht mehr möglich sei, trete an ihre Stelle eine persönliche Haftung des Anfechtungsgegners in Höhe des Wertes des Erwerbes.

Eine solche Konstruktion des Anfechtungsrechtes kann aber nicht zutreffen. Einmal ist nicht einzusehen, warum die Anfechtung eine Prozeßhandlung sein soll; jede Prozeßhandlung hat den Zweck, den Prozeß zur Beendigung zu bringen. Einen solchen prozessualen Zweck hat jedoch die Anfechtung nicht; sie hat nur den materiellrechtlichen Zweck, die dem Anfechtungsberechtigten schädliche Wirkung der angefochtenen Rechtshandlung wieder zu beseitigen. Weiter kann nicht zugegeben werden, daß das Anfechtungsrecht eine Erweiterung der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner ist. Vielmehr stellt es einen besonderen, gegen den Anfechtungsgegner gerichteten Anspruch dar. Zur Vollstreckung in den Anfechtungsgegenstand ist ein neuer, gegen diesen erwirkter Schuldtitel erforderlich; der gegen den Schuldner lautende Titel bleibt für diese Vollstreckung ganz unerheblich: weder wird dieser erweitert, daß er etwa wie nach § 727 ZPO gegen den Anfechtungsgegner wirke, noch sind zwei Schuldtitel, einer gegen den Schuldner und einer gegen den Erwerber, erforderlich[2]). Und schließlich trifft den Anfechtungsgegner mehr als eine bloße Haftung: wie im Folgenden gezeigt werden soll, besteht für den Anfechtungsgegner eine Verbindlichkeit des bürgerlichen Rechts, den Gläubiger so zu stellen, als ob der anfechtbare Erwerb noch zum Vermögen des Schuldners gehöre. Diese Verbindlichkeit ist keineswegs immer mit der Duldung der Zwangsvollstreckung erfüllt.

Wie schon oben ausgeführt, ist das Anfechtungsrecht innerhalb wie außerhalb des Konkurses von derselben rechtlichen Natur. Es ist eine Einrichtung des bürgerlichen Rechtes und begründet zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis materiellrechtlichen Inhalts[3]).

[1]) Menzel, S. 26 ff., 261 ff., 274 f.; Linsmayr, Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 468 N. 2482, Zivilprozeßrecht S. 242 f.

[2]) So Ortlieb, Arch. bürg. R. Bd. 30 S. 37; Riehl, Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 515.

[3]) So auch mit ähnlicher Begründung Jaeger KO § 29 Anm. 8, 9. AnfG § 1 Anm. 14; Walsmann, Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 312 u. a.

II. Die Wirkung der Anfechtung.

A. Theoretische Erörterungen.

§ 4.

1. Überblick.

Der Streit über die Wirkung der Gläubigeranfechtung wird beherrscht von dem Gegensatz zwischen der Obligations- und der Dinglichkeitstheorie. Es dürfte wohl richtiger sein, von einer Mehrzahl von Obligations- und Dinglichkeitstheorien zu sprechen; denn innerhalb der beiden Richtungen, die mit den Schlagwörtern „Dinglichkeit" und „Obligation" bezeichnet zu werden pflegen, sind so erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Ansichten festzustellen, daß von einer einheitlichen Dinglichkeits- bezw. Obligationstheorie keine Rede sein kann.

Der prinzipielle Gegensatz zwischen diesen beiden Haupttheorien liegt in einer verschiedenen Auslegung des Begriffes „Anfechten" im § 29 KO und § 1 AnfG. Nach der Dinglichkeitstheorie bedeutet er soviel wie „Nichtigkeit herbeiführen", nach der Obligationstheorie nur soviel wie „die wirtschaftlichen Folgen beseitigen". Die gemeinsame Grundlage der verschiedenen Dinglichkeitstheorien ist mithin die Ansicht, daß die den Gläubigern schädliche Rechtshandlung vernichtet wird, nach der Anfechtung also für den Gläubiger als nicht bestehend gilt. Alle Vertreter der anderen Richtung sind dagegen darin einig, daß die angefochtene Rechtshandlung in ihrem Bestande durch die Anfechtung nicht berührt wird. Die Folge der Anfechtung ist nicht die der Anfechtung des BGB, d. i. Nichtigkeit des Geschäftes, sondern nur Beseitigung der dem Anfechtenden nachteiligen Folgen des Geschäfts. Dies wird erreicht durch eine obligatorische Verpflichtung des Anfechtungsgegners des Inhalts, alles, was er durch die anfechtbare Handlung erlangt hat, zurückzugewähren, bei der Einzelanfechtung jedoch nur, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

Neben diesen beiden Hauptgruppen gibt es noch einige Theorien, die versuchen, die Wirkung der Anfechtung durch eine andere Konstruktion des Anfechtungsrechtes zu bestimmen. Sie sind weder zu den Dinglichkeits- noch zu den Obligationstheorien zu rechnen, da sie von den Grundlagen der beiden Gruppen abweichen: nach diesen Theorien wird einerseits das angefochtene Rechtsgeschäft nicht vernichtet, andererseits wird aber auch keine obligatorische Rückgewährsverpflichtung des Anfechtungsgegners anerkannt.

§ 5.

2. Die Obligationstheorie.

a) Bis zur Einführung des BGB und der damit verbundenen Neufassung der KO und des AnfG wurde in Theorie[1]) und Praxis die Wirkung der Anfechtung fast ausschließlich im Sinne der Obligationstheorie bestimmt. Die angefochtene Rechtshandlung, so wurde allgemein angenommen, bleibt unverändert bestehen. Die Anfechtung hat nur zur Folge, daß zwischen Anfechtungsberechtigtem und Anfechtungsgegner nun ein Schuldverhältnis besteht, kraft dessen der Anfechtungsberechtigte verlangen kann, vom Anfechtungsgegner so gestellt zu werden, als sei die angefochtene Rechtshandlung nicht erfolgt. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit war es demnach erforderlich, daß bei der Konkursanfechtung der anfechtbare Erwerb wieder in die Masse eingeschossen wurde; bei der Einzelgläubigeranfechtung genügte es, wenn dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand ermöglicht wurde. Zu diesen Leistungen war also der Anfechtungsgegner auf Grund des zwischen ihm und dem Anfechtungsberechtigten bestehenden Schuldverhältnisses verpflichtet.

b) Zur Begründung dieser Ansicht ist in erster Linie der damalige Text der Gesetze heranzuziehen. Der frühere § 22, jetzt § 29 der KO und entsprechend der § 1 AnfG besagen, Rechtshandlungen könnten als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden. Dabei ist hervorzuheben, daß der Begriff der Anfechtbarkeit vor 1900 durchaus nicht einheitlich war[2]). Man unterschied die echte oder eigentliche Anfechtung, durch die die angefochtene Handlung rechtlich entkräftet und ungeschehen gemacht wird, und die unechte Anfechtung, die nur den wirtschaftlichen Erfolg beseitigt, während das Geschäft in seinem Bestande unverändert bleibt. Mithin können aus diesen beiden Paragraphen allein noch keine Schlüsse auf die Wirkung der Anfechtung gezogen werden. Diese ist erst aus den §§ 30—34 (37—42) bezw. 7 und 8 AnfG ersichtlich, auf die auch mit den Worten „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen" hingewiesen ist. Daß dieser Hinweis die Anfechtung im ganzen, also vor allem ihre Wirkung und nicht nur die Gründe betrifft, kann nicht bestritten werden. Nun lautet der § 30 (37) KO: „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert . . . . ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden." Damit ist offensichtlich auf die unechte Anfechtbarkeit ver-

[1]) Cosack, S. 240; Korn S. 180; Otto S. 176 u. a.
[2]) Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 424 f. Meyer, JW 1902 S. 615.

wiesen; eine obligatorische Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners ist unter dieser Anfechtbarkeit zu verstehen. Für die Anfechtung außerhalb des Konkurses heißt es in dem entsprechenden § 7: „Der Gläubiger kann . . . . beanspruchen, daß dasjenige, was aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde." Hier ist direkt von einem Anspruch des Gläubigers die Rede, der darauf geht, so gestellt zu werden, wie wenn der Gegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehöre; der Anfechtungsgegner ist also zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand obligatorisch verpflichtet. Der Ausdruck „Anfechtungsanspruch", der nur diesen Anspruch des Gläubigers gegen den Anfechtungsgegner bezeichnen kann, war im AnfG an mehreren Stellen zu finden (§ 3 Abs. 2 u. 3, §§ 1 u. 5 u. a.); in der KO gab es diesen Ausdruck nicht. Ein weiteres Argument dafür, daß wenigstens vor der KO-Novelle das Anfechtungsrecht nur für ein obligatorisches Recht angesehen werden konnte, sind die §§ 31 KO und 12 AnfG in ihrer alten Fassung, nach denen das Anfechtungsrecht einer bestimmten Verjährungsfrist unterworfen war; unbestritten ist — und das gilt auch für das frühere Recht —, daß nur Ansprüche einer Verjährung unterliegen können.

Aus dem früheren Text der KO und des AnfG dürfte mithin schwerlich eine andere als die obligatorische Wirkung der Anfechtung zu entnehmen sein.

Nicht so klar ist die Art der Wirkung aus den Motiven zu den Gesetzen ersichtlich. Einerseits heißt es auf S. 111 der Begründung)[1]: „Die Veräußerung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechts, und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und ihr zurückzuführen." Weiter auf S. 146/47[2]): „Die angefochtene Rechtshandlung gibt gegen die Konkursgläubiger keine Wirkung; hinsichtlich der Gläubiger wird es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre." Andererseits heißt es aber auch auf S. 112[3]): „Die Anfechtbarkeit ist noch weniger als eine relative Nichtigkeit. Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn seine Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich gültig bestehen und behält seine Wirkung unter den handelnden Teilen nach dem

[1]) Hahn, S. 122.
[2]) Hahn, S. 151.
[3]) Hahn, S. 123.

Inhalt des Geschäfts. Ihm werden die Wirkungen nur nach der oben angegebenen Richtung für die Konkursgläubiger entzogen . . . . Darum stellt der Entwurf das Prinzip an die Spitze: die Rechtshandlungen können als gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam angefochten werden." Ferner auf S. 147 [1]: „Der § 30 folgert aus der Unwirksamkeit der Handlung den Inhalt der Verpflichtung des Gegners" usw. Hiernach kann man wohl schwerlich annehmen, daß die Motive der KO die Verdinglichung schon erstrebt hätten, daß aber diese Verdinglichung gegenüber dem damaligen Rechtszustande, welcher eine derartig wirkende Anfechtung im allgemeinen nicht gekannt habe, nicht durchgedrungen sei [2]. Es dürfte richtiger sein, die Motive zur Lösung des Problems nicht heranzuziehen.

Diese Inkonsequenz innerhalb der Motive hat zur Folge gehabt, daß auch die Rechtsprechung jener Zeit nicht ganz einheitlich ist. Wenn auch im allgemeinen obligatorische Wirkung angenommen wird [3], finden sich auch vereinzelt Entscheidungen, die auf dem Boden der Unwirksamkeitstheorie stehen [4].

Jedenfalls sind durch Motive und Rechtsprechung die oben ausgeführten Argumente für die Obligationstheorie nicht zu erschüttern. Daß nach dem früheren Recht die Wirkung eine obligatorische war, wird auch von Vertretern der Dinglichkeitstheorie anerkannt [5]. Nur ganz vereinzelt wird behauptet, daß der Gläubigeranfechtung auch schon vor dem Inkrafttreten des BGB dingliche Kraft beizulegen sei [6]. Einmal stützt sich diese Ansicht auf die oben angeführten Stellen der Motive, die aber hier, wie gesagt, nicht überzeugen können, da mindestens ebenso viele Stellen für die Gegenansicht sprechen. Zum anderen wird bestritten, daß der Begriff der Unwirksamkeit vor 1900 ein so farbloser gewesen wäre, daß aus ihm allein die Wirkung der Anfechtung noch nicht zu bestimmen gewesen wäre [7]. „Unwirksamkeit" hätte immer soviel bedeutet wie „Mangel der normalen Wirksamkeit". Daneben wird aber zugegeben, daß auch ein Begriff der Unwirksamkeit im weiteren Sinne bekannt war; in diesem weiteren Sinne könne allerdings die Unwirksamkeit in einer Rückgewährpflicht des durch die unwirksame Handlung Erlangten bestehen. Damit richtet sich diese Einwendung von selbst.

[1] Hahn, S. 151.
[2] So Crome, System Bd. 1 S. 354 N. 50.
[3] Z. B. RG 10, 325; 13, 5; 14, 313; 21, 420; 22, 390; 30, 72 u. 103; 32, 21; 42, 367.
[4] Z. B. RG. 19, 203; 42, 345.
[5] Hellwig, ZZP Bd. 26 S. 176; Verträge S. 380. Crome Bd. 1 S. 353.
[6] Hellmann, Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 106 f.; Gaze S. 2 ff.; Fitting S. 217 18.
[7] Hellmann a. a. O.

Fest steht jedoch, daß vor 1900 die Obligationstheorie allgemein anerkannt war und von niemandem bestritten wurde.

§ 6.

3. Die Dinglichkeitstheorien.

a) Nach Einführung des BGB ist jedoch diese Theorie, daß zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner stets ein persönliches Schuldverhältnis ent- oder bestehe, zuerst von Hellwig[1]) heftig bekämpft worden. Der Inhalt der von ihm aufgestellten sog. Dinglichkeitstheorie ist folgender: Die Wirkung der Gläubigeranfechtung ist die gleiche wie die der Anfechtung von Willenserklärungen gemäß § 142 BGB. Das regelmäßige Entstehen einer obligatorischen Verpflichtung des Anfechtungsgegners wird bestritten, vielmehr wirkt die Anfechtung dinglich, d. h. die der Befriedigung des Gläubigers entgegenstehenden Rechte werden durch die Anfechtung ex tunc vernichtet. Die vom Schuldner anfechtbar veräußerten Rechte fließen unmittelbar wieder in sein Vermögen und damit in die Konkursmasse zurück; die Zwangsvollstreckung kann in sie ohne weiteres erfolgen, wie wenn sie stets zum Vermögen des Schuldners gehört hätten. Es tritt ipso iure wieder der Rechtszustand ein, der vor der anfechtbaren Rechtshandlung bestanden hat. Nur wenn dies unmöglich geworden ist, wenn z. B. ein gutgläubiger Dritter Eigentum an dem Gegenstand erworben hat, begründet die Anfechtung eine obligatorische Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Leistung von Wertersatz. Allerdings unterscheidet sich die durch die Anfechtung eintretende Nichtigkeit von der des BGB dadurch, daß sie nur im Verhältnis zwischen anfechtungsberechtigtem Gläubiger und Anfechtungsgegner besteht; die Folge ist nur „relative Unwirksamkeit". Der Begriff dieser rein relativen Unwirksamkeit ist äußerst bestritten. Nach Hellwig[2]) bedeutet Relativität, daß nur dem Anfechtenden gegenüber der angefochtene Tatbestand als nicht eingetreten behandelt wird. — Dagegen bezeichnet eine andere Theorie[3]) die relative Unwirksamkeit „als eine dem anfechtbaren Erwerb anhaftende Schwäche, zufolge deren dieser, trotzdem er im übrigen vollwirksames Vermögen des Anfechtungsgegners geworden ist, doch dem exekutorischen Zugriff des gegen den Hauptschuldner exequierenden Gläubigers keinen Widerstand zu leisten vermag." Diese Definition

[1]) ZZP Bd. 26 S. 471 ff.; Verträge zugunsten Dritter, S. 379 ff.; Anspruch und Klagerecht, S. 260 N. 16.

[2]) a. a. O. S. 478; im Prinzip ebenso: Hellmann, Lehrb. S. 353; Leonhard, ZZP Bd. 38 S. 186 ff.; Kipp, S 1020 f.; Crome S. 354; Walsmann, Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 316.

[3]) Geib, Arch. ziv. Prax. Bd. 113 S. 360; ebenso Schulin, LZ 1922 Sp. 601.

hat ihre Grundlage in der Auffassung, daß das Anfechtungsrecht lediglich eine Ausdehnung der Vollstreckung gegen den Schuldner sei, und faßt also den Begriff wesentlich enger als die Hellwig'sche Theorie. Sie entspricht ungefähr der von Planck[1]) gegebenen Definition des Begriffes der relativen Unwirksamkeit.

Eine dritte Ansicht schließlich unterscheidet wie folgt[2]): Die Unwirksamkeit sei bezüglich der Wirkung gegen jedermann als absolut zu bezeichnen, bezüglich der Folgen der anfechtbaren Handlung jedoch als relativ im Sinne Hellwigs und bezüglich der Ausübung der Rechte als bedingt anzusehen. Diese Lösung will die Ansicht Fittings mit der der übrigen Vertreter der Dinglichkeitstheorien vereinbaren. Während nämlich nach der meist vertretenen Theorie die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung nur eine relative ist, d. h. nur im Verhältnis zwischen Anfechtungsberechtigtem und Anfechtungsgegner besteht, behauptet Fitting, Unwirksamkeit bestimmten Personen gegenüber bedeute von der Entscheidung bestimmter Personen abhängige Unwirksamkeit, die aber, sobald der Betreffende sich entschieden hat, für und gegen jedermann, also absolut, eintritt[3]). Er kommt zu diesem Ergebnis dadurch, daß er relative Unwirksamkeit mit relativer Nichtigkeit identifiziert; da er eine relative Nichtigkeit als eine begriffliche Unmöglichkeit ablehnt[4]), muß für ihn die Nichtigkeit notwendigerweise eine absolute sein, nur die Anfechtbarkeit ist relativ.

Bestritten wird ferner, daß die relative Unwirksamkeit erst eine Folge der Anfechtung sei, daß also das Anfechtungsrecht ein Gestaltungsrecht sei. Es wird die Ansicht vertreten[5]), daß die anfechtbare, nicht erst die angefochtene Rechtshandlung ipso iure relativ unwirksam sei, da die Unwirksamkeit nicht Folge, sondern Grund der Anfechtung sei. Die Geltendmachung sei durch die Konkurseröffnung bezw. die Voraussetzung des § 2 AnfG aufschiebend bedingt.

Eine vermittelnde Stellung zur Obligationstheorie nehmen Walsmann[6]) und Voß[7]) ein: Die Anfechtung mache zwar die angefochtene Rechtshandlung dinglich unwirksam, aber daneben bestände noch ein obligatorischer Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Duldung der Zwangsvollstreckung.

[1]) Zu § 135 Anm. II d.
[2]) Otte, S. 39.
[3]) S. 292 Anm. 10.
[4]) Ebenso wie Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 25 f. und List, Zeitschr. f. HR. Bd. 72 S. 121.
[5]) Leuhard, ZZP Bd. 38 S. 174, 5; Geib, Arch. ziv. Prax. Bd. 113, S. 362; Schulin, LZ 1922 Sp. 601.
[6]) Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 305.
[7]) Iher. Jahrb. Bd. 51 S. 423.

Schließlich ist auch ein Unterschied in den Ansichten betreffs der Form der Anfechtung festzustellen. Die einen[1]) halten im Anschluß an § 143 BGB eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung für genügend, die anderen[2]) verlangen gerichtliche Geltendmachung.

b) Die Dinglichkeitstheorie wurde, wie schon gesagt, zuerst von Hellwig nach dem Inkrafttreten des BGB und den Änderungen der KO und des AnfG. aufgestellt.

aa) Von ihm und darauf auch von zahlreichen anderen Juristen[3]) wurde behauptet, die Obligationstheorie könne für das nach 1900 geltende Recht nicht mehr zutreffen. Die KO und das AnfG seien als integrierende Bestandteile des gesamten Reichsrechtes zu betrachten, und daher müßten die Bestimmungen dieser Gesetze mit denen des BGB in Einklang gebracht werden. So sei jetzt nach Inkrafttreten des BGB auch der Begriff der Anfechtung ein einheitlicher; er sei ein „so eminent technischer Ausdruck“[4]) geworden, daß man ihm stets die Bedeutung und Wirkung der §§ 142 ff. BGB zugrunde legen müsse[5]). Die Anfechtung hätte also zur Folge, daß die Rechtshandlung ex tunc vernichtet würde, daß wieder der Zustand eintrete, und zwar ipso iure, der vor ihr bestanden habe. Etwaige Rückgewähransprüche des Konkursverwalters oder des anfechtenden Gläubigers, die Anfechtungsansprüche des Anfechtungsgesetzes[6]) seien lediglich eine Folge dieser Unwirksamkeit. Diese unterscheide sich jedoch von der des BGB insofern, als sie nur eine relative sei; das bedeute, daß nur im Verhältnis zwischen Gläubigern und Anfechtungsgegner der angefochtene Tatbestand als nicht eingetreten behandelt werde, im übrigen aber seine volle Rechtswirkung behalte. Dieser Umfang und die Art der Wirkung sei bereits aus den §§ 29 KO und 1 AnfG zu entnehmen; die Worte „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“ bezögen sich nur auf die Anfechtungsgründe, die in den folgenden Paragraphen angeführt seien[7]). Daß die Anfechtung jetzt dinglich wirke, dafür seien ein Beweis die „tiefgreifenden Änderungen“[8]) der KO und des AnfG, die im Anschluß an das BGB erfolgt seien.

---

[1]) Hellwig, ZZP Bd. 26 S. 427, Verträge S. 381; Hellmann, Lehrb. S. 347; Crome S. 353; Fitting, S. 215; Kipp, S. 1020.

[2]) Hellwig, System S. 274, § 133 N. 25 (vgl. vorige Anm.); Walsmann a. a. O. S. 314; v. Tuhr Bd. II S. 626; Lenhard a. a. O. S. 218.

[3]) Crome Bd. I S. 352; Fitting S. 217; Hellmann, Lehrb. S. 363 ff.; Kipp S. 1020; v. Tuhr Bd. I S. 107 f., Bd. II 2 S. 325; Walsmann, Jher. Jahrb. Bd. 47 S. 233 ff.

[4]) Hellwig, Verträge S. 381.

[5]) Hellwig, ZZP Bd. 26 S. 477; Hellmann, Lehrb. S. 373.

[6]) Hellwig, ZZP Bd. 26 S. 485.

[7]) Hellwig, ZZP Bd. 26 S. 477 f.; Hellmann, Lehrb. S. 370.

[8]) Hellwig, Verträge S. 381.

Daß die in der Tat erfolgten Änderungen der Gesetzestexte von so weittragender Bedeutung gewesen sind, muß jedoch bestritten werden. Die Änderungen sind nur aus dem Grunde erfolgt, um die Begriffsbestimmungen in den alten Gesetzen mit denen des neu in Kraft tretenden BGBs in Übereinstimmung zu bringen. — Die Änderung des Gesetzes bestand, soweit sie hier interessiert, in folgendem: Der § 6, jetzt § 7, KO. wurde dahingehend geändert, daß Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam und nicht wie bisher nichtig sind. Weiter wurden in §§ 41 (früher 34) KO und 12 AnfG die Verjährungsfristen durch Ausschlußfristen ersetzt, und im AnfG heißt es jetzt statt „Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches" im § 3 Ziff. 2, 3 und 5, §§ 4 und 13 Abs. 4 „Anfechtung", in § 11 Abs. 3 statt „der Anfechtungsanspruch wird erhoben" „die Anfechtung soll erfolgen".

Hierzu führen die Vertreter der Dinglichkeitslehre aus: Wenn es jetzt in § 7 und § 29 KO gleichlautend vorgeschrieben ist, Rechtshandlungen seien den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, so muß der Sinn dieser Worte an beiden Stellen der gleiche sein. Da nach § 7 die Handlung rückwirkend vernichtet wird — so die herrschende Meinung —, muß für § 29 das Gleiche gelten[1]).

Aus der Ersetzung der Verjährungsfristen durch Ausschlußfristen wird gefolgert, daß das Anfechtungsrecht kein Anspruch im Sinne des BGB sei[2]). Dieser Schluß stützt sich auf die Begründung zur KO-Novelle, S. 35[3]): „Nach dem BGB unterliegen nur Ansprüche der Verjährung, das Anfechtungsrecht ist aber nicht als ein Anspruch im Sinne des Gesetzbuchs anzusehen (§ 194 Abs. 1)". Dasselbe Ergebnis wird auch aus der letzten Änderung betreffend den Anfechtungsanspruch im Anfechtungsgesetz entnommen[4]).

bb) Die Lehre Hellwigs und seiner Anhänger fand von Seiten der Vertreter der Obligationstheorie lebhaftesten Widerspruch[5]).

Es werden folgende Einwendungen gegen die Dinglichkeitstheorie vorgebracht: Unzulässig ist es, die Anfechtung des BGB mit der Gläubigeranfechtung zu vergleichen[6]); denn das Wesen der beiden

[1]) So Crome S. 354 Anm. 1; Kipp S. 1020; Fitting S. 220; Hellwig ZZP Bd. 26 S. 178.

[2]) Fitting S. 219; Gaze S. 7; Hellmann, Lehrb. S. 373.

[3]) Hahn S. 241/42.

[4]) Hellwig, Verträge S. 381; Hellmann, Bl. f. RAnw. Bd. Bd. 70 S. 111 f.

[5]) Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 112 ff.; Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 1 ff.; Meyer, JW 02 S. 613 ff.; Kleinfeller, DJZ 03 S. 386 ff., vor allem Jaeger in seinen Kommentaren zur KO und zum AnfG.

[6]) Jaeger, KO § 29 Anm. 12 u. AnfG S. 59 ff.; Oertmann a. a. O. S. 8 ff. u. a.

Einrichtungen ist völlig verschieden. Dies zeigt sich in den Voraussetzungen und dem Zweck. Ein Rechtsgeschäft ist nach BGB anfechtbar, wenn es an einem Willensmangel leidet; hier kann das fehlerhafte Zustandekommen auch durch Vernichtung des Aktes wieder geheilt werden. Bei der Gläubigeranfechtung dagegen ist das Geschäft rechtsgültig zustande gekommen, er leidet nur in wirtschaftlicher Hinsicht an einem Mangel; um diesen Mangel, d. i. die Benachteiligung der Gläubiger, zu heilen, ist nur Beseitigung des Erfolges erforderlich.

Weitere Unterschiede zwischen Anfechtung nach BGB und Gläubigeranfechtung zeigen sich in der Passivlegitimation der handelnden Personen[1]). Anfechtungsberechtigt ist nach BGB ausnahmslos der Kontrahent, nach KO § 29 erfolgt die Anfechtung durch den Konkursverwalter. Er ist ebenso wie der anfechtungsberechtigte Einzelgläubiger nie an dem anfechtbaren Geschäft beteiligt gewesen. — Anfechtungsgegner ist nach bürgerlichem Recht der andere Teil oder derjenige, der aus dem anfechtbaren Vertrage unmittelbar ein Recht erworben hat (§ 143 Abs. 2); bei der Gläubigeranfechtung ist es der, von dem die zurückgewährende Leistung gefordert wird. Daß dies nicht der nach BGB bestimmte Anfechtungsgegner zu sein braucht, ergibt sich aus den §§ 40 KO und 11 AnfG.

Hiergegen ist geltend gemacht worden[2]), daß es auch im BGB Fälle der Anfechtbarkeit gebe, bei denen von Willensmängeln nicht die Rede sein könne. Es wird verwiesen auf § 1593 (Anfechtung der Ehelichkeit), §§ 1613, 1654 (Anfechtung der Verlängerung der Ausschlagungsfrist im Erbrecht), § 2340 (Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit). In diesen Fällen ist der Zweck der Anfechtung auch nur Beseitigung des Erfolges[3]), und doch wird der angefochtene Rechtssatz oder Rechtszustand unmittelbar vernichtet. Sie können jedoch nicht in Parallele zur Gläubigeranfechtung gestellt werden; denn einmal wird hier kein Rechtsgeschäft oder eine ähnliche Rechtshandlung angefochten, sondern nur der Erfolg selbst; „nicht der Grund des letzteren, sondern er selbst, die Folge, soll vernichtet werden“[4]). Zum anderen ergibt sich hier bei der Eigenart der Fälle die unmittelbare Vernichtung ganz von selbst. So ist z. B. bei der Anfechtung der Ehelichkeit nach § 1593 eine verfügliche, obligatorische Verpflichtung des Kindes, auf seine Kindeseigenschaft zu verzichten oder sich als uneheliches behandeln zu lassen, ganz undenkbar[5]). Es

[1]) Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 17 f.
[2]) Kipp, a. a. O. S. 1020.
[3]) Walsmann, Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 306 N. 9.
[4]) Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 9.
[5]) Vgl. Oertmann a. a. O.

kann also mit der Gläubigeranfechtung nur die Anfechtung von Rechtsgeschäften nach BGB auf die gleiche Stufe gestellt werden, bei denen der Grund stets ein Willensmangel ist.

Wenn Hellmann weiter behauptet[1]), diese Beweisführung verwechsele das Wesen der Anfechtung mit ihren Gründen, das Wesen bestehe in der Form und in der Wirkung, so kann ihm hierin nicht gefolgt werden. Einerseits ist die Form auch bei der Anfechtung innerhalb des BGB verschieden, andererseits sind mit dem Wesen der Anfechtung untrennbar auch die Gründe verknüpft[2]).

Auch die von Hellmann[3]) und Walsmann[4]) vertretene Ansicht, Anfechtung sei für das gesamte geltende Recht ein terminus technicus und habe stets die Bedeutung von Beseitigung einer Rechtswirkung, niemals eine bloße Herstellung eines tatsächlichen Zustandes, kann nicht gebilligt werden. Wenn man bedenkt, was alles der Anfechtung unterliegt (z. B. der Einspruch der Verwaltungsbehörde nach § 62 Abs. 2 BGB, richterliche Entscheidungen usw.), so kann unmöglich allen diesen Anfechtungshandlungen die gleiche Wirkung beigelegt werden. Das bürgerliche Recht kennt zwar den terminus technicus „Anfechtung" und „Anfechtbarkeit", der sich aber nur auf Rechtsgeschäfte bezieht und der, wie gesagt, mit der Gläubigeranfechtung nur den Namen gemeinsam hat[5]).

Ein weiterer Beweis dafür, daß die Wirkung der Gläubigeranfechtung eine andere sein muß als die des § 142 BGB, ist aus § 35 KO und § 6 AnfG zu entnehmen. Danach unterliegen auch Rechtshandlungen der Anfechtung, für die ein vollstreckbarer Titel erlangt ist oder die durch Zwangsvollstreckung erwirkt sind. Nun kann unmöglich die Wirkung einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung eines Gläubigers stärker sein als die Wirkung der Rechtskraft eines Urteils, durch die sogar die Berufung auf die Nichtigkeit ausgeschlossen ist[6]).

Auch wäre bei Annahme der dinglichen Wirkung der Erfolg der Anfechtung nicht einmal der gleiche wie nach BGB. Während hier stets absolute Nichtigkeit eintritt, soll nach der Dinglichkeitstheorie die Rechtshandlung nur relativ unwirksam sein. Praktisch wäre der Unterschied allerdings nicht erheblich, da die absolute Nichtigkeit des

[1]) Bl. f. RAnw Bd. 70 S. 412.
[2]) Lenhard, ZZP Bd. 38 S. 173.
[3]) a. a. O. S. 412.
[4]) Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 306.
[5]) Vgl. Lenhard a. a. O. S. 172.
[6]) Jaeger, KO § 29 Anm. 12; LZ 1913 Sp. 24; Langheineken S. 117; Lange S. 19.

BGB gegenüber gutgläubigen Dritterwerbern nicht durchgesetzt werden kann (§ 142 Abs. 2 S. 1, §§ 932 ff.)[1].

Daß auch der Gesetzgeber die Anfechtung des BGB von der Gläubigeranfechtung unterschieden hat, zeigt sich in doppelter Hinsicht: In § 342 Abs. 3 BGB heißt es, daß auf die Geltendmachung der in Abs. 1 und 2 vorgeschriebenen Anfechtung die Vorschriften der KO Anwendung finden sollen. Wenn nicht auf das BGB verwiesen wird, so ist das ein Beweis dafür, daß in der KO die Anfechtung nach eigenen und selbständigen Vorschriften behandelt ist[2]. Zum anderen sprechen die Motive[3] zum BGB ein deutliches Wort in dieser Hinsicht: „Außer Betracht gelassen ist der Anfechtungsbegriff, von welchem die §§ 22—31 KO und das Gesetz vom 21. 8. 1879 ausgehen; die von diesen Gesetzen behandelten Rechtsgebiete fallen nicht in den Bereich des Entwurfes."

Abzulehnen ist jedoch der Versuch Kleinfellers[4], der die Nichtanwendung der §§ 142 ff. BGB. auf die Gläubigeranfechtung aus Art. 32 EGBGB herleiten will. In diesem Artikel handelte es sich nur um die Gültigkeit von Rechtsnormen, die vor dem 1. Januar 1900 Gesetzeskraft hatten, während die KO und das AnfG gleichzeitig mit dem BGB in der neuen Fassung in Kraft traten. Alle drei Gesetze sind also als gleichwertige Reichsgesetze anzusehen, von denen das BGB die allgemeinen Leitsätze enthält, die aber durch Spezialvorschriften für bestimmte Rechtsgebiete ausgeschlossen werden können.

Nach den vorstehenden Ausführungen kann es jedenfalls als erwiesen gelten, daß die Gläubigeranfechtung keine Anfechtung im Sinne des allgemeinen Privatrechtes, sondern „eine singuläre, besonders geartete, selbständige Rechtsmaterie"[5] ist.

Infolgedessen kann man auch nicht, wie es die Vertreter der Dinglichkeitstheorie wollen, die Wirkung der Anfechtung aus den Worten „Anfechten als den Gläubigern gegenüber unwirksam" der §§ 29 KO und 1 AnfG. allein entnehmen; vielmehr ist diese nach wie vor in den §§ 37 ff. KO und 7 f. AnfG festgelegt. Hierin ist durch die Neufassung der Gesetze keine Änderung eingetreten; denn die maßgeblichen Stellen sind in der neuen Fassung unverändert geblieben.

Die Worte „als unwirksam anfechten" können also nicht zur Begründung der Dinglichkeitslehre herangezogen werden. Ja, noch viel mehr: sie sind ein sicherer Beweis für die Richtigkeit der entgegen-

[1] Oertmann a. a. O. S. 18.
[2] Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 461; Jaeger, KO § 29 Anm. 13 S. 491.
[3] Bd. I S. 218.
[4] DJZ Bd. 8 (1903) S. 386; ebenso Förtsch, Recht 1900 S. 182.
[5] RG 44, 95.

gesetzten Meinung. Wenn nämlich die Gläubigeranfechtung die rechtsvernichtende Wirkung des § 142 BGB hätte, so müßte „als unwirksam" soviel bedeuten wie „mit der Folge, daß Unwirksamkeit eintritt". Diese Bedeutung kann aber nach dem allgemeinen Sprachgebrauch aus diesen Worten unmöglich entnommen werden[1]). Denn wenn z. B. eine Klage „als unzulässig" abgewiesen wird, so ist — das wird niemand bestreiten — die Unzulässigkeit nicht die Folge, sondern der Grund der Abweisung. Ebenso bezeichnet auch an dieser Stelle das Wörtchen „als" nicht die Folge sondern den Grund der Anfechtung. Hiergegen wird von Hellmann[2]) eingewendet, die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung erhelle aus der Erwägung, daß man das bereits Unwirksame nicht erst anzufechten nötig habe. Dabei ist übersehen, daß nach der Obligationstheorie die Gläubigeranfechtung mit der Anfechtung des BGB nur den Namen gemeinsam hat, aber nicht die Bedeutung „Unwirksamkeit herbeiführen", die nach BGB unter dem Ausdruck „Anfechtung" zu verstehen ist. In der KO und im AnfG bedeutet „anfechten" nur soviel wie „angreifen, um die Wirkungen zu beseitigen", „nicht gelten lassen".

Den entscheidenden Beweis gegen die Dinglichkeitstheorie sieht Oertmann[3]) in dem von ihr vorausgesetzten Begriff der relativen Nichtigkeit. Wenn man wie Hellwig annähme, die durch die Anfechtung herbeigeführte relative Unwirksamkeit bedeute, daß die angefochtene Rechtshandlung nur zugunsten gewisser Berechtigter, der Gläubiger, eintrete, so käme man zu unmöglichen Konsequenzen. Zum Beweise werden zwei Beispiele angeführt:

1. Angenommen, der Konkursverwalter habe den durch die Anfechtung zurückerlangten Gegenstand an einen Dritten, der die Sachlage kennt, veräußert; dann sei dieser der Vindikation des Anfechtungsgegners ausgesetzt, da ihm gegenüber ja der angefochtene Akt wirksam sei.

2. Angenommen, ein durch anfechtbaren und bereits angefochtenen Akt verkauftes und übertragenes Pferd sei dem Anfechtungsgegner entlaufen und in den Besitz eines Dritten gelangt. Dann könnten diesem gegenüber sowohl der Konkursverwalter als auch der Anfechtungsgegner infolge der nur relativen Nichtigkeit des Verkaufs- und Übertragungsaktes ihr Eigentum geltend machen.

Daher könne man unter relativer Nichtigkeit nur absolute Nichtigkeit verstehen, die allein von dem Berechtigten geltend gemacht werden

[1]) Jaeger, KO § 29 Anm. 11; Oertmann a. a. O. S. 15; Kleinfeller, DJZ 03 S. 387; Leonhard, ZZP Bd. 38 S. 174/75; Geib, Arch. ziv. Prax. Bd. 113 S. 362.
[2]) Lehrb. S. 370; ähnlich auch Walsmann in Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 307 N. 10.
[3]) ZZP Bd. 33 S. 24 ff.

könne, also nur ein Provisorium, das durch die Anfechtung beendigt würde. Mithin könne eine solche relative Nichtigkeit keine Folge der Anfechtung sein.

Das erste Beispiel ist jedoch nicht zutreffend: Durch die Zurückgewährung verliert der Anfechtungsgegner sein Eigentum an den Konkursverwalter, der es an den Dritterwerber weiter überträgt. Dieses Eigentum ist vollkommen unbeschränkt und kann dem Dritterwerber gegenüber weder vom Anfechtungsgegner noch sonst einem Dritten bestritten werden. Nur wenn der Besitzer nicht Rechtsnachfolger des Konkursverwalters wäre, wäre eine Vindikation des Anfechtungsgegners möglich[1]).

Daß Oertmanns Folgerungen für das zweite Beispiel zutreffen, wird auch von Hellmann[2]) und Lenhard[3]) anerkannt. Daraus aber die Unrichtigkeit der Dinglichkeitstheorie zu folgern, ist nicht angängig; denn wenn auch zwei Eigentumsansprüche geltend gemacht werden können, ist der Drittbesitzer selbstverständlich doch nur zur einmaligen Herausgabe verpflichtet. Bei gleichzeitiger Klage vom Anfechtungsgegner und Konkursverwalter geht die Klage des letzteren vor, doch kann der Dritte dem Anfechtungsgegner nach § 75 ZPO den Streit verkünden und aus dem Rechtsstreit entlassen werden[4]).

Ganz hinfällig wird dieser „stärkste" Beweis gegen die Dinglichkeitstheorie, wenn man mit Geib[5]) und Planck[6]) die relative Unwirksamkeit (nicht Nichtigkeit) der Rechtshandlung definiert als eine dem Erwerb anhaftende Schwäche, zufolge deren der Erwerber dem Zugriff des anfechtungsberechtigten Gläubigers keinen Widerstand zu leisten vermag[7]). Diese Unwirksamkeit gilt sowohl zum Vorteil wie zum Nachteil jedes dritten Interessenten. Damit erledigen sich die Einwendungen Oertmanns ganz von selbst[8]).

Die §§ 29 KO und 1 AnfG haben also nach wie vor den Sinn, inbezug auf die Wirkungen auf die folgenden Bestimmungen hinzuweisen. Daher kann auch nicht von dem gleichen Wortlaut in § 29 und § 7 KO darauf geschlossen werden, daß die Bedeutung beider Stellen die gleiche sei. In den Motiven[9]) ist von einer Änderung des § 6 a. F. zum Zwecke der Übereinstimmung mit

[1]) Hellmann, Lehrb. S. 375.
[2]) Lehrb. S. 375/76.
[3]) ZZP Bd. 38 S. 158/59.
[4]) Lenhard a. a. O. S. 189.
[5]) Arch. ziv. Prax. Bd. 113 S. 360.
[6]) Zu § 135 Anm. II d.
[7]) Vgl. oben S. 15.
[8]) Vgl. Geib a. a. O. S. 361/62.
[9]) S. 26, Hahn S. 234/35.

§ 22 a. F. keine Rede, erstrebt war nur der Einklang des § 7 mit § 135 BGB; demnach hat wohl „relative Unwirksamkeit" in § 135 BGB und § 7 KO die gleiche Bedeutung, nicht aber in § 29 KO. Auch ist es unverständlich, weshalb eine Stelle, die gar nicht verändert ist, plötzlich einen ganz anderen Sinn erhalten sollte, wenn eine vorher anders lautende Stelle den gleichen Wortlaut erhält. Man könnte mit mehr Berechtigung von einer Änderung des Inhalts der abgeänderten Stelle sprechen[1]) insofern, daß diese jetzt die gleiche Bedeutung wie die unveränderte haben sollte.

Auch die Ersetzung der Verjährungsfristen durch Ausschlußfristen in § 11 KO (§ 12 AnfG) beweist noch nicht, daß die KO-Novelle eine vollkommene Änderung im materiellen Recht der Gläubigeranfechtung bezweckte. Zwar ist aus den Motiven[2]) zu entnehmen, daß die Redaktoren die Anspruchsnatur des Anfechtungsrechtes verkannt haben. Soweit aber die verfehlte theoretische Einstellung im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden hat, bleibt sie unberücksichtigt. Nun sind Ausschlußfristen, wenn auch selten, bei Ansprüchen möglich und sind durchaus nicht mit deren Natur unvereinbar; es sei nur auf die §§ 529 Abs. 1, 801, 861, 977, 1002 und 1171 Abs. 3 BGB. verwiesen. „Wohl wäre die Verjährung, falls sie stehen geblieben wäre, ein direktes Zeugnis für den Anspruch, nicht aber ist umgekehrt die Befristung ein Zeugnis gegen denselben"[3]). Es kann also von dieser Stelle allein keineswegs auf eine Änderung der obligatorischen Wirkung in eine dingliche geschlossen werden.

Auch der dritte Punkt der „tiefgreifenden" Änderung durch die KO-Novelle, die Beseitigung des Ausdruckes „Anfechtungsanspruch" in drei Paragraphen des Anfechtungsgesetzes gibt dafür keinen Anhalt. Ist der Ausdruck doch in den §§ 5, 10 und 13 Abs. 1 und 2 stehen geblieben. Zwar behauptet Hellmann[4]), „Anfechtungsanspruch" bedeute an den unveränderten Stellen Anspruch im prozeßrechtlichen Sinne, also das Urteilsbegehren, das sich auf die geschehene Anfechtung stützt. In den §§ 3, 11 Abs. 3 und 13 Abs. 4 a. F. hätte er als Anspruch im privatrechtlichen Sinne aufgefaßt werden können. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß derselbe Ausdruck in dem kurzen Gesetze, ja in demselben § 13 verschiedene Bedeutung gehabt hat, daß die Wendung „den Anfechtungsanspruch erheben" in § 5 und § 11 verschiedenen Inhalts gewesen sein sollte[5]). In § 5 kann jedenfalls das Wort

[1]) Hertmann, a. a. O. S. 16; List, Zeitschr. f. HR. Bd. 72 S. 123.
[2]) S. 35; Hahn S. 241.
[3]) Wendt, a. a. O. S. 450.
[4]) Lehrb. S. 374; Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 414 f.
[5]) Vgl. Jaeger, AnfG S. 61.

„Anfechtungsanspruch" unmöglich als das Urteilsbegehren, das sich erst auf die Anfechtung stützt, angesehen werden, wenn es heißt: „Die Erhebung des Anfechtungsanspruches im Wege der Einrede kann erfolgen . . . ."; hier hat es zweifellos die Bedeutung von Anfechtungsrecht, „den Anfechtungsanspruch erheben" heißt soviel wie „anfechten". Dies wird auch von Vertretern der Dinglichkeitstheorie[1]) nicht bestritten, die daher diese Stelle als ein Redaktionsversehen bezeichnen müssen. Auch Hellwig hält die Ansicht Hellmanns betreffend den Anfechtungsanspruch in den §§ 5, 10 und 13 Abs. 1 für möglich[2]), nachdem er früher unter Anfechtungsanspruch den aus der Unwirksamkeit des Rechtsaktes erwachsenden dinglichen Anspruch verstanden hat[3]). — Es dürfte das Richtigste sein, diese nur teilweise Beseitigung des Ausdruckes „Anfechtungsanspruch" weder zur Begründung der Dinglichkeitstheorie noch als Argument für die Obligationstheorie heranzuziehen.

Daß das Verbleiben der §§ 37 ff. KO und 7 f. AnfG in der neuen Fassung ein Beweis gegen die Annahme einer dinglichen Wirkung sei[4]), wird vielfach bestritten.

Wenn sich auch die Rückgewähransprüche des § 37 Abs. 1 (7 Abs. 1) schon von selbst ergäben, so stehe diese Vorschrift doch nicht im Widerspruch zur Dinglichkeitstheorie[5]). Das Verbleiben wird damit erklärt[6]), daß diese Vorschriften nur dann zur Anwendung kämen, wenn wegen der Unmöglichkeit des Eintretens des ursprünglichen Zustandes der Anfechtungsgegner zur Leistung von Wertersatz verpflichtet sei. Ob dieser Einwand berechtigt ist, soll erst weiter unten im Zusammenhang mit den Vorschriften des Abs. 2 dieses Paragraphen erörtert werden.

Der § 7 Abs. 1 AnfG. habe insofern besondere Bedeutung, daß der einen Veräußerungsvertrag anfechtende Gläubiger nicht erst die Forderung des Schuldners gegen den Anfechtungsgegner auf Herausgabe des Anfechtungsgegenstandes zu pfänden brauche, sondern sofort ohne vorherigen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß vom Anfechtungsgegner die Rückgewähr zum Zwecke der Befriedigung verlangen könne[7]). — Dabei wird übersehen, daß mit dem obligatorischen Vertrag auch die dingliche Verfügung angefochten wird und nach der Dinglichkeits-

[1]) Kipp S. 1023; Müller S. 29.
[2]) Anspruch S. 425 Anm. 36.
[3]) ZZP Bd. 26 S. 485.
[4]) Oertmann a. a. O. S. 21 ff.; Linsmayr S. 26: Wendt S. 157; Jaeger, AnfG S. 60 f. u. a.
[5]) Fitting S. 221 N. 9 Nr. 2.
[6]) Hellmann, Lehrb. S. 360/61.
[7]) Müller S. 37/38.

theorie ebenfalls rückwirkend vernichtet wird. Der Fall liegt also hier nicht anders als bei § 37 Abs. 1 KO.

Nach § 38 KO ist die Gegenleistung, soweit sie sich noch in der Konkursmasse befindet, aus dieser zurückzuerstatten, im übrigen kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden; nach § 39 KO kann sich der Anfechtungsgegner wegen Erstattung der Gegenleistung oder beim Wiederaufleben seiner Forderung nur an den Schuldner halten. Auch diese Vorschriften wären bei dinglicher Wirkung der Anfechtung überflüssig. Denn wenn durch die Anfechtung Rechtsgeschäft und Verfügung des Schuldners rückwirkend vernichtet würden, so müßte billigerweise dies auch zugunsten des Gegners gelten. Er müßte also seine Leistung, soweit sie noch vorhanden, mit dinglicher Wirkung aus der Konkursmasse bezw. vom Schuldner herausverlangen können. Das Gleiche gilt für die Forderung des Anfechtungsgegners, die durch die angefochtene, jetzt vernichtete Leistung des Schuldners erloschen war und eigentlich mit der Anfechtung von selbst wieder aufleben müßte. — Die besondere Erwähnung dieser Folgen in den Gesetzen wird nun damit verteidigt, daß eine „ausdrückliche Bestimmung bei der Singularität dieser Rechtsverhältnisse durchaus angemessen sei“[1]). Auch würde durch § 38 KO jeder Zweifel darüber beseitigt, daß, soweit sich die Gegenleistung weder in Natur noch dem Werte nach in der Masse befinde, keine Bereicherungsschuld der Masse, die zur Aussonderung berechtigte, sondern des Gemeinschuldners vorliege, die als Konkursforderung geltend zu machen sei[2]).

Daß nach § 39 KO die Forderung des Anfechtungsgegners erst mit der Rückgewähr des Empfangenen und nicht mit der Anfechtung wiederaufleben, sei lediglich eine Schutzvorschrift für die Konkursgläubiger[3]); bis zur Rückgewähr stehe dem Bereicherungsanspruch des Anfechtungsgegners eine exceptio doli entgegen. — Deshalb braucht aber das Wiederaufleben der Forderung nicht auf den Zeitpunkt der Rückgewähr verschoben zu werden. Es wäre folgerichtiger und hätte den gleichen Erfolg, wenn bis dahin nur die Ausübung des Forderungsrechtes gehemmt wäre; denn durch eine exceptio doli wird ein Anspruch nicht beseitigt; es wird nur seiner Durchführung ein Recht des Gegners entgegengesetzt, die Leistung verweigern zu dürfen.

Wenn die Anfechtung gemäß § 142 BGB dinglich wirken würde, so könnte sie auch gegen jeden beliebigen Besitzer der Sache durchgesetzt werden, sofern dieser nicht durch seinen guten Glauben inbezug

[1]) Müller S. 40.
[2]) Hellmann, Lehrb. S. 362/63.
[3]) Fitting S. 221/22 N. 9 Nr. 5.

auf die Anfechtbarkeit (§ 142 Abs. 2) gemäß § 932 BGB geschützt wäre. Nach § 10 Abs. 2 KO und § 11 Abs 2 AnfG ist dagegen die Gläubigeranfechtung Einzelrechtsnachfolgern gegenüber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig[1]). Hierzu wird vonseiten der Unwirksamkeitslehre bemerkt, dies widerspräche keineswegs der dinglichen Wirkung, da nur aus Gründen der Verkehrssicherheit die Rückgewährpflicht, die sich nach BGB ergäbe, eingeschränkt wäre[2]).

Wenn auch die §§ 37 Abs. 1, 38, 39, 40 Abs. 1, 2 KO und §§ 7, 8 AnfG bei Annahme der dinglichen Wirkung zum Teil überflüssig wären, so stehen sie doch nicht direkt im Widerspruch zu dieser Lehre; diese Vorschriften können also wohl nicht als unwiderleglicher Beweis für die Unrichtigkeit der Dinglichkeitstheorie herangezogen werden.

Dagegen ist der § 37 Abs 2 (7 Abs. 2) mit ihr nicht vereinbar[3]). Er besagt, daß der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung dieselbe nur soweit zurückzugewähren habe, als er durch sie bereichert ist. Einmal kann diese nach obligatorischen Vorschriften (§ 818 BGB) beschränkte Rückgewährpflicht kaum einen dinglichen Charakter aufweisen, zum anderen ist ja der Anfechtungsgegner nur noch um den Besitz bereichert, nachdem durch die Anfechtung die Eigentumsübertragung rückwirkend beseitigt ist. — Die Vertreter der Dinglichkeitstheorie[4]) wenden hiergegen ein, daß unter Umständen auch nach ihrer Ansicht eine persönliche Verpflichtung des Anfechtungsgegners möglich sei. Diese bestände, wenn der Anfechtungsgegner das ihm Veräußerte nicht mehr in seinem Vermögen habe, und gehe auf Ersatz des Wertes. Nur dann könne der § 37 Abs. 1 in Anwendung kommen; dies ergebe sich zwar nicht ohne weiteres aus der KO, jedoch aus den Worten „soweit es (nämlich das Zurückgewähren) erforderlich ist" in § 7 AnfG[5]). Für diesen Fall sei der Abs. 2 eine Sondervorschrift, indem er bei gutgläubigem Erwerb den Erwerber für diese obligatorische Verpflichtung nur in Höhe der Bereicherung zur Zeit der Anfechtung haften lasse.

Die Worte in § 7 AnfG in diesem Sinne aufzufassen, ist jedoch nicht angängig; der ganze erste Satz des § 7 ist im Zusammenhange auszulegen und hat dann die Bedeutung, daß die Rückgewähr bei der Einzelanfechtung auf das begrenzt ist, was zur Befriedigung des

[1]) Jaeger, KO § 29 Anm. 19; Meyer, JW 02 S. 610 u. a.
[2]) Otte S. 19; Hellwig ZZP Bd. 26 S. 488 f.
[3]) Wendt, Arch. ziv. Prax. Bd. 91 S. 457; Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 22; Jaeger, AnfG S. 60 61.
[4]) Hellmann, Lehrb. S. 360/61; Leonhard, ZZP Bd. 38 S. 198.
[5]) Hellmann, Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 420.

Gläubigers erforderlich ist, während bei der Konkursanfechtung nach § 37 KO der ganze Erwerb an die Masse zurückzugewähren ist[1]).

Schließlich wird noch Folgendes als Zeichen für die Richtigkeit der Hellwig'schen Theorie vorgebracht[2]): Nach § 5 AnfG kann die Anfechtung im Wege der Einrede erfolgen. Diese Einrede wird praktisch in den meisten Fällen gegen eine Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO erfolgen, welche der Anfechtungsgegner gegen die Zwangsvollstreckung erhoben hat, die der Gläubiger in den anfechtbar erworbenen Gegenstand betrieben hat. Nun können aber gegen die Widerspruchsklage — und das ist herrschende Meinung, auf die näher einzugehen hier nicht der Ort ist — nur solche Einwendungen vorgebracht werden, die das Recht des Klägers als nicht bestehend oder nicht wirksam dartun[3]), nicht aber der Einwand, der Kläger sei nach materiellem Recht zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet. Als Beispiel wird der Fall angeführt, daß ein Ehemann der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau widerspricht. Er dringt mit seiner Klage durch, auch wenn der Beklagte einwendet, der Kläger sei nach materiellem Recht zur Duldung verpflichtet. Wenn nun bei der Gläubigeranfechtung die Geltendmachung durch Einrede ausdrücklich zugelassen ist, so erhellt daraus, daß aus der Anfechtung nicht ein obligatorischer Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung entspringt, sondern eine rückwirkende Beseitigung des der Vollstreckung entgegenstehenden Rechts des Anfechtungsgegners; oder man muß eine positive Ausnahmevorschrift für die Gläubigeranfechtung annehmen.

Diese Deduktion wird jedoch hinfällig, wenn man die Ansicht teilt, daß der Anfechtungsanspruch bereits mit der anfechtbaren Handlung entsteht und den Erwerber verpflichtet, den benachteiligten Gläubiger so zu stellen, als ob der Gegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehöre. Nach § 7 ist der Anfechtungsgegner verpflichtet, zu dulden, daß das durch anfechtbaren Erwerb Erworbene bei ihm so behandelt wird, als ob es noch zum Vermögen des Schuldners gehöre, ohne daß eine Rückübertragung in das Schuldnervermögen erforderlich wäre[4]). Der Gläubiger ist also zu einer solchen Behandlung der veräußerten Sache berechtigt, d. h. er kann sie bei Vorliegen der Voraussetzungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung pfänden lassen[5]). Die Einrede des Beklagten hat also zum Inhalt,

[1]) Vgl. Jaeger, AnfG S. 61.
[2]) Walsmann, Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 321 ff.; Otte S. 42 N. 1; Voß, Zeitschr. f. HR Bd. 60 S. 386 ff.
[3]) Stein-Jonas, ZPO Bd. 2 zu § 771 N. III Anm. 4.
[4]) Begründungen S. 21 f., bei Hahn S. 713/44 und RG 68, 140.
[5]) Vgl. Lange S. 26 ff; Jaeger AnfG S. 304 ff. Anm. 1.

der Kläger habe gar kein der Pfändung entgegenstehendes Recht, da „kraft der infolge der Anfechtbarkeit (nicht erst der Anfechtung) zur Zeit der Pfändung bestehenden Haftung des Erwerbers der betreffende Gegenstand als noch im Vermögen des Schuldners stehend angesehen werde“ [1]). Ein Vergleich mit der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau ist nicht zutreffend, da der der Anfechtbarkeit entspringende Anspruch auf Ermöglichung der Zwangsvollstreckung und der Anspruch gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung durchaus verschieden sind: Die Verpflichtung des Anfechtungsgegners ist eine selbständige Verbindlichkeit, die Duldungspflicht des Mannes nur ein akzessorisches Miterdulden der gegen die Frau gerichteten Vollstreckung [2]); der Anfechtungsanspruch entsteht infolge der Vornahme bestimmter Verfügungen über Vermögensrechte und geht auf Ermöglichung der Vollstreckung; der Anspruch gegen den Mann dagegen hat seinen Ursprung in einem personenrechtlichen Verhältnis und verpflichtet diesen zur Duldung der Vollstreckung [3]). — Also auch die Anfechtungserklärung im Wege der Einrede ist sehr wohl mit der Obligationstheorie vereinbar, sofern man dieses nur in der richtigen Weise auffaßt.

Es wird zuweilen darin, daß im § 5 AnfG der Ausdruck „Einrede“ steht, ein Beweis gegen die Dinglichkeitstheorie gesehen [4]). Dazu wird ausgeführt, daß die durch die Anfechtung erfolgte Vernichtung des Rechtes des Anfechtungsgegners nur als Einwendung, aber nicht als Einrede vorgebracht werden könne. Das ist zwar richtig, aber trifft nicht die Dinglichkeitstheorie; denn aus dem Zusammenhang ist ersichtlich, daß im § 5 das Wort „Einrede“ in seiner prozeßrechtlichen Bedeutung gebraucht ist, und der prozessuale Begriff „Einrede“ umfaßt die beiden bürgerlich-rechtlichen Begriffe „Einrede“ und „Einwendung“.

Damit dürften die wichtigsten Argumente für und wider die beiden Theorien erörtert sein, soweit sie sich aus eingehender Untersuchung der gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Nicht angängig ist jedoch, die Richtigkeit einer Theorie dadurch festzustellen, daß man zu beweisen versucht, daß man bei ihrer Anwendung zu einem für die Praxis brauchbareren Resultat gelange als bei Anwendung der anderen Theorie [5]). Daß die eine Theorie zu brauchbareren Ergebnissen führt als die andere, kann erst behauptet werden, wenn dies durch Unter-

[1]) Lange S. 32.
[2]) Voß, Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 243.
[3]) Lange S. 34/35.
[4]) Hohmann S. 84; Meyer JW 02 S. 618; Oertmann, ZZP Bd. 33 S. 23.
[5]) Wie z. B. Otte, Heilung einer unwirksamen Pfändung.

suchung der verschiedensten Fälle und nicht nur eines einzigen, unwesentlichen Falles festgestellt ist. Überdies kann man den zweifelhaften Inhalt einer Vorschrift nicht durch Feststellung der Brauchbarkeit der einen oder der anderen darüber vertretenen Ansicht ermitteln; vielmehr hat sich die Auslegung an das Gesetz selbst zu halten. In den vorstehenden Ausführungen ist versucht worden, nachzuweisen, daß die Obligationstheorie zum mindesten mit dem Wortlaut sehr wohl zu vereinbaren ist, ja diesem allein zu entnehmen ist, während die Hellwig'sche Theorie dem Gesetze in keiner Weise gerecht wird.

c) Daß die Begründung Hellwigs einer eingehenden Kritik nicht standhalten kann, wird auch von Vertretern anderer Dinglichkeitstheorien nicht verkannt. Sie kommen zwar im Prinzip zu demselben Ergebnis wie Hellwig, nämlich zu der Feststellung, daß die Unwirksamkeit der Rechtshandlung dinglichen Charakters ist, jedoch auf einem anderen Wege.

aa) So glaubt Leonhard[1]), der in der Unwirksamkeit nicht die Folge, sondern wegen der Worte „als unwirksam" den Grund der Anfechtung sieht, die Dinglichkeit auf folgendem Wege beweisen zu können: Er stellt fest, daß der in den §§ 37 ff. (§ 7 f.) festgelegte Inhalt des Anfechtungsanspruches dem Inhalte eines Anspruches, der aus einem Sachenrecht des BGB entspringt, vollkommen gleicht. Damit sei die dingliche Natur des Anfechtungsanspruches und entsprechend auch des Anfechtungsrechtes dargetan[2]). Es mag dahingestellt bleiben, ob der Inhalt beider Ansprüche wirklich der gleiche ist, jedenfalls wird mit dem gleichen Inhalt die gleiche rechtliche Natur noch in keiner Weise bewiesen; es ist sehr wohl möglich, daß sowohl ein dinglicher wie ein obligatorischer Anspruch auf die gleiche Leistung gehen. Denn, wie es Leonhard[3]) für die Anfechtung selbst zugibt, ist für das Wesen einer Institution nicht nur die Wirkung bestimmend[4]).

bb) Geib[5]) geht zur Begründung seiner Theorie davon aus, daß der Gläubiger durch die Anfechtung nicht besser gestellt werden dürfe, als wie wenn der Gegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehöre. Er soll nur dagegen geschützt werden, daß durch anfechtbare Veräußerungen seine zwangsweise Befriedigung beeinträchtigt werde. Zu diesem Zwecke erklärt das Anfechtungsgesetz die Veräußerung für relativ unwirksam, und zwar tritt diese Unwirksamkeit schon mit der

[1]) ZZP Bd. 38 S. 165 ff.
[2]) a. a. O. S. 181.
[3]) a. a. O. S. 173.
[4]) Vgl. oben S. 22.
[5]) Arch. ziv. Prax. Bd. 113 S. 338 ff.; ebenso Schulin LZ 1922 S. 601 ff.

anfechtbaren Handlung ein. Und nur aus diesem Zwecke ist zu ermitteln, worin sich die relative Unwirksamkeit äußert. Sie ist also zu definieren als eine dem Erwerb anhaftende Schwäche, kraft deren dieser, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, ebenso wie das Schuldnervermögen zur Exekution herangezogen werden kann[1]). Mithin ist das Anfechtungsrecht ein publizistisches Recht auf Einbeziehung des anfechtbaren Erwerbes in die gegen den Schuldner betriebene Zwangsvollstreckung[2]). „Für irgendwelche auf Exekutionsgewährung gerichtete Verpflichtung des Anfechtungsgegners ist deshalb weder Platz noch Bedürfnis"[3]); denn niemand kann zur Gestattung von etwas, das er doch nicht zu hindern vermag, verpflichtet sein[4]). Neben diesem prozeßrechtlichen Anfechtungsrecht hat der Gläubiger noch einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Ersatz des Vollstreckungsausfalls, der sich auf die in § 7 AnfG auferlegte Garantiepflicht gründet[5]). § 7 kommt also nur zur Anwendung, wenn die Vollstreckung in den Gegenstand unmöglich ist.

Diese Konstruktion des Anfechtungsrechtes kann nicht zutreffen. Denn einmal, wie oben ausgeführt[6]), ist das Anfechtungsrecht für die Konkursanfechtung und die Einzelgläubigeranfechtung einheitlich geregelt. Bei der Konkursanfechtung ist nun eine Vollstreckbarkeit im Sinne des § 2 AnfG gar nicht Voraussetzung, von einer Ausdehnung der Zwangsvollstreckung kann keine Rede sein. § 37 KO verpflichtet den Anfechtungsgegner ausdrücklich zur Rückgewähr; daß dieser Paragraph keine Sondervorschrift für den Fall des Vollstreckungsausfalles sein kann, ist bereits oben[7]) widerlegt.

Aber auch für die Einzelanfechtung allein wäre diese Theorie abzulehnen. Auch hier ist das Anfechtungsrecht ein besonderer Anspruch gegen den Anfechtungsgegner[8]). Die Vollstreckung in den Gegenstand erfolgt nur auf Grund eines gegen ihn gerichteten Titels, der gegen den Schuldner erwirkte Titel bleibt für diese Zwangsvollstreckung vollkommen unberücksichtigt[9]). Der Inhalt dieses Anspruches ergibt sich aus § 7 AnfG und ist keineswegs mit der Duldung der Zwangs-

[1]) Vgl. oben S. 17.
[2]) a. a. O. S. 338.
[3]) a. a. O. S. 363.
[4]) v. Tuhr, Bd. I S. 108 und II 2 S. 325.
[5]) Arch. ziv. Prax. Bd. 119 S. 159/60.
[6]) oben S. 9 f.
[7]) oben S. 29 f.
[8]) Vgl. RG 71, 176 ff.
[9]) Abzulehnen ist also die von Riehl (Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 515) aufgestellte „Zweitrelttheorie", nach der für die in den Anfechtungsgegenstand zu betreibende Zwangsvollstreckung ein Zurückgreifen auf den gegen den Schuldner erlangten Titel erforderlich ist; vgl. oben S. 12.

vollstreckung erschöpft. Die Rückgewähr geht allerdings nur soweit, wie es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist, und diese Befriedigung muß eine Zwangsbefriedigung sein, da der Gläubiger nicht besser gestellt sein soll, als er es wäre, wenn der Gegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehörte. Damit der Gläubiger aber auch nicht schlechter gestellt ist, ist es erforderlich, daß der Anfechtungsgegner zu dieser Zwangsvollstreckung die anfechtbar erworbenen Gegenstände bereitstellt, und das ist mehr als eine bloße Duldungspflicht[1]). So muß er über den Gegenstand Auskünfte erteilen, ihn heranschaffen, für den Zugriff eventuell erforderliche Urkunden verschaffen usw. Handelt es sich um Geld, so ist dies aus praktischen Gründen direkt an den anfechtenden Gläubiger zu leisten[2]); es würde nur unnötige Kosten und Umstände verursachen, wenn der Anfechtungsberechtigte das Geld erst durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der Zwangsvollstreckung einziehen lassen müßte, anstatt Leistung direkt vom Anfechtungsbeklagten verlangen zu können.

Aber auch wenn die Rückgewährpflicht nur in der Duldung der Zwangsvollstreckung bestände, ist nicht einzusehen, warum es keine privatrechtliche Verpflichtung des Inhalts geben sollte, die Vollstreckung in den Erwerb zu dulden; denn der Anfechtungsgegner wäre an sich als an dem Schuldverhältnis zwischen anfechtendem Gläubiger und Schuldner unbeteiligter Dritter sehr wohl in der Lage, die Vollstreckung durch Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zu hindern, wenn er eben nicht von Anfang an zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung verpflichtet wäre[3]). Diese Verpflichtung kann freiwillig erfüllt werden; damit ist der Einwand Schulins[4]) widerlegt, der die Möglichkeit des Bestehens eines Schuldverhältnisses zwischen Anfechtungskläger und -beklagten ablehnt, da ein Schuldverhältnis, das nicht freiwillig erfüllt werden könne, undenkbar sei.

cc) Nach diesen Ausführungen ist auch die Begründung der Dinglichkeitstheorie von Voß[5]) nicht mehr aufrecht zu erhalten, welcher folgert: Bei jeder Zwangsvollstreckung bestehe eine Duldungspflicht des Vollstreckungsschuldners. Einen besonderen Sinn habe die Duldungspflicht aber, wenn der Schuldner dazu durch Sondervorschrift angehalten werde, wie z. B. in § 739 ZPO. Hier werde sein Vermögen nicht als Gegenstand der Haftung zur Befriedigung der

[1]) Jaeger, KO § 29 Anm. 9; Busch S. 162; Falkmann S. 562; Cosack S. 266; RG 71, 176.
[2]) Warneyer S. 118; Hartmann-Meikel S. 232; RG 9, 72 f.; JW 02 S. 221.
[3]) Vgl. oben S. 31.
[4]) a. a. O. S. 606.
[5]) Arch. ziv. Prax. Bd. 47, bes. S. 241 ff.

Gläubiger in Anspruch genommen, sondern nur so, daß ein nicht zu seinem eigentlichen Vermögen gehöriger fremder Bestandteil (z. B. das eingebrachte Gut der Frau) von diesem abgegrenzt werde, in den dann die Zwangsvollstreckung stattfinde. Ebenso sei es bei der Duldungspflicht, die als Erfüllung der Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners bestände. Wenn hier die Abgrenzung nicht eine Folge der Anfechtung wäre, könne sie nur in der Vollstreckung selbst in Erscheinung treten; in der Vollstreckung komme jedoch nur die unmittelbare Unterwerfung des Vollstreckungsgegenstandes unter den Vollstreckungszwang zum Ausdruck, die Trennung müsse also schon vorher erfolgt sein. Mithin müsse der Anfechtungsgegenstand durch die Anfechtung aus dem eigentlichen Vermögen des Anfechtungsbeklagten dinglich ausgeschieden sein.

Diese an sich richtige Deduktion beruht auf zwei falschen Voraussetzungen: einmal ist es ausgeschlossen, wie es schon oben begründet ist[1]), die Verpflichtung des Anfechtungsgegners mit der Duldungspflicht etwa des Ehemannes zu vergleichen, geschweige denn gleichzusetzen; zum anderen besteht die Rückgewährpflicht nicht nur in der Duldungspflicht.

Damit ist auch dieser Beweis für die Dinglichkeit der in den §§ 37 KO und 1 AnfG bestimmten Unwirksamkeit hinfällig geworden. Ein solcher ist in der Tat weder durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen der KO und des AnfG allein, noch durch Verbindung mit allgemein gültigen Rechtsprinzien unwiderleglich zu erbringen.

§ 7.

4. Darstellung und Kritik der übrigen Theorien.

Neben diesen beiden Theoriengruppen, die mit Dinglichkeits- und Obligationstheorie bezeichnet werden, gibt es noch, wie schon gesagt, einige Theorien, die die Wirkung der Anfechtung weder als obligatorisch noch als dinglich bezeichnen.

a) Hier ist Lippmann zu nennen, der im Anschluß an die Theorie des früheren preußischen Obertribunals[2]) das Anfechtungsrecht dem Prozeßrecht zurechnet[3]). Nach seiner Theorie ist die Anfechtung nur eine Klage auf Vollstreckung gegen den Erwerber; sie ist keine privat-

[1]) Vgl. oben S. 31.
[2]) Vgl. oben S. 11.
[3]) Jher. Jahrb. Bd. 36 S. 145 ff. Nicht hierher zu rechnen ist Geib, der zwar auch in der Anfechtung eine Erstreckung des Vollstreckungsanspruchs auf den Erwerb sieht, jedoch Vertreter einer Dinglichkeitstheorie ist, da er die angefochtene Rechtshandlung unwirksam in seinem Sinne werden läßt. Vgl. Arch. ziv. Prax. Bd. 119 S. 159 (s. oben S. 17).

rechtliche Rechtsmacht, sondern das Schuldrecht selbst in einer besonderen Verwirklichungsphase, nur eine Funktion des Schuldrechts. Sie dehnt die Zwangsvollstreckung über das im Besitz des Schuldners befindliche Vermögen hinaus aus, sie ist ein Akt des Prozeßrechtes. „Der Anfechtungsbeklagte haftet daher exekutivisch, nicht obligatorisch, und Exekution ist nicht Obligation“[1]). Die Ansicht, daß das Anfechtungsrecht zum Prozeßrecht gehört, ist bereits oben[2]) hinreichend widerlegt. Für die Anfechtung im Konkurse kann diese Theorie auf keinen Fall zutreffen, da die maßgebliche Vorschrift des § 37 Abs. 1 KO nicht mit ihr zu vereinbaren ist. Aber auch für die Einzelanfechtung kann sie keine Anwendung finden: einmal muß das „Zurückgewähren“ in § 1 AnfG ebenso wie das „Zurückgewähren“ in § 37 KO ausgelegt werden, zum anderen ist eine Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung undenkbar, die nicht einer materiell-rechtlichen Leistungs- oder Duldungspflicht entspräche[3]).

b) Auch Reichmayr leitet in seiner Schrift „Die Idee der Gläubigeranfechtung“ jede rechtsvernichtende wie rein schuldrechtliche Wirkung ab. Er sieht im Anfechtungsrecht einen Fall der juristischen Gebundenheit des Anfechtungsgegenstandes, die er „Verfangenschaft“ nennt. Er geht davon aus, daß jedes Schuldverhältnis von vornherein noch keine Gebundenheit des Schuldnervermögens bedinge; vielmehr besteht ein reines Kreditverhältnis, d. h. eine rein persönliche Beziehung von Person zu Person, gerichtet auf irgend eine Leistung. Unter bestimmten Umständen kann aber dieses reine Verpflichtungsverhältnis, das nur die Personen der Obligation bindet, erweitert werden in der Weise, daß auch der Leistungsgegenstand juristisch gebunden wird. Das Kreditverhältnis kann auf einseitiges Verlangen des Gläubigers hin in ein Haftungsverhältnis umgewandelt werden, der geschuldete Gegenstand wird „verfangen gemacht“[4]). Diese Verfangenschaft ist eine pfandrechtsähnliche, privatrechtliche Bindung eines Gegenstandes zugunsten eines obligatorisch berechtigten Gläubigers, die „moderne Durchführung des Gedankens des ius ad rem“[5]) und hat zur Folge, daß der Gegenstand jederzeit ohne jede Rücksicht zur Haftung herangezogen werden kann[6]). Hierin sieht er auch die Lösung des Problems der relativen Unwirksamkeit. Eine relativ unwirksame

[1]) a. a. O. S. 164. Ebenso auch Goldschmidt, Prozeß S. 468 N. 2282; Zivilprozeßrecht S. 242 f.
[2]) S. 11 f.
[3]) Vgl. Voß, Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 241.
[4]) S. 22.
[5]) S. 92.
[6]) S. 67.

Handlung ist wirksam, jedoch unbeschadet der Verfangenschaft, der der Gegenstand zum Schutze eines bestimmten Schuldrechts bereits verfallen ist. Beim Anfechtungsrecht wird diese relative Unwirksamkeit durch richterliches Gestaltungsurteil herbeigeführt. Sie greift, wie gesagt, nicht den Bestand der angefochtenen Rechtshandlung an, sondern bewirkt nur die Möglichkeit, die Verfangenschaft, der der Gegenstand bereits unterliegt, geltend zu machen. Diese kann jetzt jedem Dritten, der sein Recht an der Sache von der angefochtenen Handlung herleitet und der Befriedigung durch den Gläubiger widerspricht, entgegengehalten werden. Trotz dieser pfandrechtsähnlichen Wirkung ist aber das Anfechtungsrecht kein dingliches Recht, es erfolgt keine Umwandlung der Obligation, nur eine Verstärkung durch gegenständliche Gebundenheit. Eine Obligation, die auch gegen Dritte wirkt, verliert dadurch nicht die Natur einer Obligation.

Abgesehen davon, daß dem geltenden Recht eine derartige Wirkung eines Schuldverhältnisses unbekannt ist und es fraglich erscheint, ob ein Bedürfnis für die Annahme eines solchen privatrechtlichen, subjektiven Verfangenschaftsrechtes besteht, ist auch diese Theorie mit den Vorschriften der KO und des Anfechtungsgesetzes nicht zu vereinbaren. Gegen die Annahme eines richterlichen Gestaltungsurteils, durch das die Unwirksamkeit der Rechtshandlung herbeigeführt werden soll, spricht der § 5 AnfG, nach dem die Anfechtung auch auf dem Wege der Einrede erfolgen kann, ohne daß ein entsprechender Klageantrag gestellt werden müßte. Auch ist es zweifelhaft, wann und wodurch die bereits vor der Anfechtung eintretende Verstärkung der Obligation zur gegenständlichen Gebundenheit erfolgen sollte; es ist mit dieser Theorie nicht erklärt, wie ein Gegenstand, der bereits dem Vermögen des Schuldners nicht mehr angehört, auf Grund einer Verpflichtung des Schuldners für den Gläubiger verfangen gemacht werden kann und damit dessen Zugriff unterworfen wird[1]).

c) Zu einem erstaunlichen Ergebnis gelangt Schulz[2]) bei seiner Darstellung des Anfechtungsrechtes innerhalb des „Systems der Rechte auf den Eingriffserwerb". Vorauszuschicken ist, daß unter „Eingriffserwerb" jeder Erwerb zu verstehen ist, der unter Verletzung eines subjektiven Rechtes gemacht ist; ein solcher Erwerb ist grundsätzlich zurückzuleisten. Es wird nun festgestellt, daß jedes Schuldverhältnis sich zusammensetzt aus der Schuld, d. i. einem Forderungsrecht gegen die Person des Schuldners, und der Haftung, d. i. ein Befriedigungsrecht „gegen" das Vermögen des Schuldners, und daß notwendiges

[1]) Zu allem vgl. Oertmann, ZZP Bd. 44 S. 284 ff.
[2]) Arch. ziv. Prax. Bd. 105 S. 227 ff.

Korrelat jeder Haftung eine entsprechende persönliche Schuld ist. Das Befriedigungsrecht des Gläubigers gegen das Vermögen des Schuldners ist durch die anfechtbare Veräußerung verletzt worden; der Anfechtungsanspruch geht auf Herausgabe des durch diesen Eingriff Erlangten zum Zwecke der Befriedigung. Neben diesem Anspruch, der sich gegen die Person des Anfechtungsgegners richtet, steht dem Anfechtungsberechtigten als Haftung für diesen Anspruch noch ein Anfechtungsrecht gegen dessen Vermögen zu, das sich als Befriedigungsrecht wieder spaltet in ein Recht gegen das Vermögen und dem dazu gehörigen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Duldung der Befriedigung. Somit ist Folge der Anfechtung: ein Anspruch auf Leistung, ein Anspruch auf Duldung und ein Recht gegen das Vermögen auf Befriedigung [1]).

Diese Begriffsspalterei, die schon an sich zu keinen brauchbaren Ergebnissen führen kann, geht von Voraussetzungen aus, die der geltenden Rechtsordnung widersprechen; es ist Schulz nicht zuzustimmen, wenn er behauptet, die Haftung des Anfechtungsgegners sei eine Folge des Befriedigungsrechtes des Gläubigers „gegen" das Vermögen des Schuldners. Die aus dem Schuldverhältnis entspringende Haftung hat zur Folge, daß der Schuldner mit seinem gesamten Vermögen für die Leistung einstehen muß, nicht aber, daß das Vermögen des Schuldners für die Forderung pfandrechtsartig gebunden wird. Wäre dies tatsächlich der Fall, so wäre die Begründung eines Pfandrechtes durch Rechtsgeschäft oder Pfändung nicht erforderlich; die dafür geltenden Vorschriften wären mithin gänzlich überflüssig. Ein „Recht gegen das Vermögen" ist ein Begriff, der dem geltenden Recht unbekannt ist und sich auch nicht in das Rechtssystem eingliedern läßt. Man kann wohl ein Recht „auf" eine Sache haben, richten können sich Rechte jedoch nur gegen Personen.

Es hat sich also herausgestellt, daß auch die Theorien, die nicht den Obligations- oder Dinglichkeitstheorien zuzurechnen sind, nicht zutreffen können. Nachdem die gemeinsame Grundlage aller Dinglichkeitstheorien hinreichend widerlegt zu sein scheint, handelt es sich nun darum, die einzelnen Obligationstheorien auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen.

§ 8.

5. Der Anfechtungsanspruch.

Mithin kann als erwiesen gelten, daß die Anfechtung der Rechtshandlung nur obligatorisch wirkt, den Anfechtungsgegner also nur

[1]) a. a. O. S. 258/59.

persönlich verpflichtet, den dem Gläubiger nachteiligen wirtschaftlichen Erfolg der Veräußerung durch Rückgewähr der Sache wieder zu beseitigen. Damit ist die Richtigkeit der gemeinsamen Grundlage aller Obligationstheorie dargetan; unentschieden ist jedoch noch der Zeitpunkt der Entstehung dieser Verpflichtung und die Frage nach der rechtlichen Natur des Anspruches.

a) Vor der KO-Novelle galt in Schrifttum[1]) und Rechtsprechung fast unbestritten die Ansicht, daß der Anfechtungsanspruch mit dem Anfechtungsrecht identisch sei und folglich bereits mit der anfechtbaren Handlung zur Entstehung komme. Die Anfechtung sei lediglich die Geltendmachung dieses Anspruches. Diese Geltendmachung sei jedoch für den Einzelgläubiger bis zum Vorliegen der Voraussetzung des § 2 AnfG gehemmt; daß die Konkursanfechtung erst nach Eröffnung des Verfahrens stattfinden könne, ergebe sich von selbst. Daß Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch dasselbe sei, sei aus § 31 KO und § 12 AnfG (a. F.) zu entnehmen, nach denen das Anfechtungsrecht einer Verjährungsfrist unterlag, und aus dem Wortgebrauch des Anfechtungsgesetzes, nach dem zweifellos „den Anfechtungsanspruch erheben" (§§ 5, 13 Abs. 1) dasselbe wie „das Anfechtungsrecht ausüben" (§ 13 Abs. 2, 1) bedeute; auch seien in der Begründung[2]) zum Anfechtungsgesetz die beiden Ausdrücke ganz unterschiedslos gebraucht.

Eine abweichende Ansicht vertrat nur Cosack[3]), indem er annahm, daß der Anfechtungsanspruch die Folge einer formlosen Erklärung entsprechend der Ausübung des Vorkaufsrechts sei, und der Anfechtungsprozeß nur dazu diene, diesen Anspruch durchzusetzen. Dieser Ansicht haben sich nach der KO-Novelle eine Reihe Juristen angeschlossen[4]). Sie stützen sich dabei auf die Materialien des Gesetzes, in denen wiederholt[5]) von einer formlosen Anfechtung die Rede ist. Durch die Änderung sei zwar nicht die Wirkung der Anfechtung entsprechend dem BGB geregelt worden, wohl aber die Form. Dies sei im Text zum Ausdruck gekommen durch die Ersetzung der Verjährungsfristen durch Ausschlußfristen, durch die die Ausübung des Anfechtungsrechts, das ja kein Anspruch sei, begrenzt würde, und durch die Beseitigung des Ausdruckes „Anfechtungsanspruch" im Anfechtungsgesetz.

---

[1]) Menzel S. 115 ff.; Korn S. 10; Otte S. 18 ff.
[2]) z. B. Begründungen S. 13 u. 18 f. bei Hahn S. 741/2.
[3]) S. 219 ff.
[4]) Seuffert S. 220; Kohler S. 137; v. Wilmowski § 29 Anm. 14; Oertmann, BGB Bd. 33 S. 30 f.; List, Zeitschr. f. HR Bd. 72 S. 106; Förtsch, Recht 1900 S. 181.
[5]) Hahn S. 241/42, 293/94; Begründung S. 35; Kommissionsbericht S. 13.

Dem sind die gleichen Einwände wie oben[1]) der Dinglichkeitstheorie entgegenzuhalten, nämlich daß auch Ansprüche einer Ausschlußfrist unterliegen können und daß die Beseitigung des Ausdruckes „Anfechtungsanspruch" nur teilweise erfolgt ist. In der jetzigen Fassung heißt es in § 13 Abs. 1 „Verfolgung der erhobenen Anfechtungsansprüche", im Abs. 1 „Anfechtungsrechte können verfolgt werden", zweifellos in derselben Bedeutung; ebenso hat „Erhebung des Anfechtungsanspruchs" in § 5 den gleichen Sinn wie „erfolgt die Anfechtung" in § 9. Also auch jetzt haben die Ausdrücke „Anfechtungsanspruch geltend machen", „Anfechtungsrecht ausüben und „anfechten" die gleiche Bedeutung. Wenn der Anfechtungsberechtigte an den Anfechtungsgegner außergerichtlich das Verlangen auf Rückgewähr stellt — und dies dürfte sich wegen der Kosten (§ 93 ZPO) empfehlen —, so ist dies nur Geltendmachung der Anfechtbarkeit, nicht aber die Anfechtung im Sinne des Gesetzes. Auch ist eine analoge Anwendung des § 143 BGB bei Ablehnung des § 142 inkonsequent. Überdies hätte bei der Annahme einer obligatorischen Wirkung das Erfordernis einer besonderen Anfechtungserklärung keinen praktischen Nutzen. Im Gegenteil, es würde der aus formloser Erklärung entstandene Anspruch erst in 30 Jahren verjähren, wenn diese Erklärung nur innerhalb der Ausschlußfrist des § 41 (12) erfolgt wäre; daß dieser Erfolg von den Redaktoren der KO beabsichtigt war, als sie die einjährige Verjährungsfrist des § 31 a. F. in § 41 in eine einjährige Ausschlußfrist umänderten, ist wenig wahrscheinlich.

Also nach wie vor „entsteht der Anfechtungsanspruch nicht erst als Folge einer voraufgegangenen einseitigen, formlosen Anfechtungserklärung, sondern ist bereits entstanden, sobald einer der gesetzlichen Anfechtungstatbestände sich verwirklicht hat"[2]). Diese Ansicht dürfte als in Literatur[3]) und Rechtsprechung[4]) herrschend bezeichnet werden.

Damit ist abgelehnt die Ansicht Riehls, der die Konkurseröffnung bezw. den Augenblick, wo nach § 2 AnfG die Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung offenbar wird, für den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches hält[5]); dieser Konstruktion stehen die §§ 4, 5 AnfG entgegen.

---

[1]) S. 26 f.

[2]) Mentzel § 29 Anm. 5 a.

[3]) Jaeger, KO § 29 Anm. 59; AnfG S. 102 ff.; Falkmann S. 531; Wendt S. 158 f.; Hartmann-Meikel S. 37, 183 f.; Kleinfeller, Lehrb. S. 72 f. Schäfer S. 69.

[4]) RG 44, 93; 58, 47; 77, 69; 88, 295; 95, 225; JW 1907 Sp. 837 ff.

[5]) Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 497.

b) Abzulehnen ist auch die Ansicht Langheinekens[1]), der den mit der anfechtbaren Handlung entstandenen Anfechtungsanspruch als einen sog. verhaltenen Anspruch ansieht, der durch die Anfechtung ausgestaltet und damit, entsprechend dem Anspruch aus Darlehn, das gekündigt ist, zur Fälligkeit gebracht werde[2]). Als „verhalten" bezeichnet er einen Anspruch, „bei dem der Schuldner nicht zu sofortiger Leistung verpflichtet ist, sondern dessen Fälligkeit gebunden ist an die tatsächliche Geltendmachung des Anspruches durch den Gläubiger. Diese Geltendmachung steht im freien Belieben des Gläubigers, sie ist in keiner Weise beschränkt; es bedarf nicht mehr als seiner Erklärung, daß er die Leistung verlange"[3]). Bei der Gläubigeranfechtung ist jedoch die Geltendmachung durchaus beschränkt: nämlich sie kann nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 2 AnfG vorliegen bezw. das Konkursverfahren eröffnet ist. Außerdem ist nicht einzusehen, weshalb überhaupt eine Unterscheidung der nicht fälligen Ansprüche[4]) in gehemmte Ansprüche, deren Geltendmachung also von einer Befristung oder Bedingung abhängt, und in verhaltene Ansprüche, bei denen die Erfüllung dieser Bedingung im freien Belieben des Berechtigten steht, erforderlich sein sollte. Es braucht jedoch auf diese Frage hier nicht näher eingegangen zu werden, da, wie gesagt, die von Langheineken gegebene Definition des verhaltenen Anspruches auf den Anfechtungsanspruch nicht zutrifft.

c) Äußerst bestritten ist die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs. Es wird behauptet, es bestände zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner ein Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung stets[5]), oder wenigstens für den Fall der Absichtsanfechtung (§§ 31 KO, 3 Nr. 1, 2 AnfG)[6]), aus ungerechtfertigter Bereicherung[7]), aus ungerechtfertigter Benachteiligung[8]) oder ein unmittelbar gesetzliches Schuldverhältnis[9]); andere wiederum sehen in der Rückgewährpflicht nur eine unpersönliche Haftung für fremde Schuld[10]). Diese letzte

---

[1]) Einspruch und Einrede S. 117/18.
[2]) S. 117/18.
[3]) S. 94.
[4]) S. 95.
[5]) Korn S. 250 ff.; Otto S. 19 ff., 227; Sarwey-Boßert S. 140/41.
[6]) Falkmann S. 534; Busch S. 161; Wolff § 29 Anm. 1.
[7]) Wolff a. a. O.; Menzel (für die Konkursanfechtung) S. 24.
[8]) Kleinfeller, Lehrb. S. 55; Petersen-Kleinfeller (§ 29 Anm. 11, 11 AnfG § 1 Anm. 7.
[9]) Jaeger, KO § 29 Anm. 7, AnfG § 1 Anm. 7; Cosack S. 21 ff.; Riehl S. 501; List, Zeitschr. f. HR Bd. 69 S. 146; Seuffert S. 226; Warneyer S. 7; Schäfer S. 68.
[10]) Menzel (für die Einzelanfechtung) S. 26 ff., 261 ff.; Linsmayr S. 89 ff.

Ansicht ist schon oben widerlegt worden, als festgestellt wurde, daß die Rückgewährpflicht selbst bei der Einzelanfechtung nicht mit der Duldung der Zwangsvollstreckung erschöpft ist[1]). Das Bestehen eines Schuldverhältnisses kann also nicht geleugnet werden.

Dieses kann nie, auch nicht bei der Absichtsanfechtung, auf unerlaubter Handlung im Sinne des BGB beruhen, und zwar aus folgenden Gründen: Einmal müßte der Tatbestand der Anfechtbarkeit ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten nach § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 oder § 826 BGB darstellen. Dies ist aber nicht immer der Fall; es ist gar nicht erforderlich, daß der Verpflichtete selbst bei der Handlung mitgewirkt hat. So ist z. B. die Anfechtung nach § 31 Nr. 1 (§ 3 Nr. 1) möglich, wenn der Schuldner mit Wissen des Anfechtungsgegners absichtlich durch einseitig wirksamen Verzicht ein Recht gegen ihn zum Erlöschen gebracht hat. § 823 Abs. 1 kommt nicht in Frage, da weder das Eigentum noch ein sonstiges absolutes Recht des Gläubigers verletzt ist. Ebenso scheidet § 823 Abs. 2 aus; denn eine Verletzung der Schutzvorschriften der §§ 240 KO und 288 StGB. liegt nur in Ausnahmefällen vor; hier würde auch der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ipso iure die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich ziehen (§ 134 BGB). Die Vorschriften des Anfechtungsrechts sind keine Schutzgesetze, da sie die Handlung nicht verbieten, sondern nur für anfechtbar erklären. Auch § 826 kommt nicht immer zum Zuge, da die Rechtshandlung durchaus nicht gegen die guten Sitten zu verstoßen braucht.

Zum anderen ist der Anfechtungsgegner der allein Haftende. Läge eine unerlaubte Handlung vor, so müßten er und der Schuldner, der immer an der Handlung beteiligt ist, gemäß §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner haften.

Und schließlich besteht die Verpflichtung des Anfechtungsgegners nur in der Rückgewähr dessen, was er aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat; aus unerlaubter Handlung entsteht aber stets ein Schadensersatzanspruch, der oft höher als der Rückgewähranspruch sein würde.

Natürlich kann in der Rechtshandlung auch eine unerlaubte Handlung, etwa aus § 823 Abs. 2 oder § 826 liegen[2]); dann besteht neben dem Anfechtungsanspruch noch ein Schadensersatzanspruch, der aber nicht durch die Anfechtungsklage geltend gemacht wird. Der Anfechtungsanspruch selbst ist jedenfalls nie ein Anspruch aus un-

[1]) Oben S. 33 f.

[2]) Warneyer S. 68; Schäfer S. 67; Jaeger, KO § 29 Anm. 5.

erlaubter Handlung (a. M. das Reichsgericht für die Absichtsanfechtung)[1].

Auch ungerechtfertigte Bereicherung kann nicht der Grund des Schuldverhältnisses sein, da der Anfechtungsgegner nicht ohne rechtlichen Grund erworben hat; in dem Bestande des Rechtsgeschäfts wird ja durch die Anfechtung nichts geändert[2].

Wenn nun der Anspruch weder auf Vertrag, noch auf Delikt, noch auf Kondiktion beruht, so muß er ein Anspruch besonderer Art sein, der im BGB nicht erwähnt ist, beruhend auf einer obligatio ex lege. Diese auf ungerechtfertigte Benachteiligung zu begründen, hat keinen Sinn, da das BGB diesen Haftungsgrund nicht kennt.

Die Frage nach der rechtlichen Natur des Anfechtungsanspruchs ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Denn wenn er kein Anspruch aus Delikt ist, kommen die Sondervorschriften, die nach bürgerlichem Recht für die Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung gelten, nicht zur Anwendung, vielmehr nur die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse. Dies ist von Bedeutung in Hinsicht auf §§ 273 Abs. 2 (Zurückbehaltungsrecht), 219 ff. (Schadensersatz), 393 (Aufrechnung), 827—29 (Zurechnungsfähigkeit), 852 (Verjährung) usw. Ferner ist für die Anfechtungsklage nie der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) begründet (a. M. das Reichsgericht, s. oben). Da weder eine unerlaubte Handlung noch ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, wird der Umfang der Rückgewährverbindlichkeit lediglich durch §§ 37 KO und 7 AnfG bestimmt[3] und nicht nach §§ 848—851 und 818 BGB, was in Bezug auf die Haftung für Früchte und Nutzungen, Untergang und Verschlechterung von Wichtigkeit ist.

Das in den vorstehenden Ausführungen festgestellte Ergebnis läßt sich wie folgt zusammenfassen:

Zugleich mit dem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 30—32, 40, 222 KO, 342 HGB und 3, 3a AnfG, nicht erst als Folge der Anfechtung[4], entsteht eine obligatorische, auf besonderer Gesetzesvorschrift beruhende Verpflichtung des Anfechtungsgegners mit dem Inhalt, den durch den anfechtbaren Akt erworbenen Gegenstand zur Konkursmasse zurückzugewähren bezw. dem anfechtenden Einzelgläubiger die

[1] Z. B. RG 48,402; 74,226; 84,253.

[2] RG JW 99 S. 831 Nr. 13.

[3] So heißt es auch in den Begründungen zum AnfG S. 25 (Hahn S. 716), daß für die Rückgewährpflicht der § 7 in materieller Hinsicht erschöpfend sei.

[4] Es ist daher eigentlich nicht zutreffend, von einer obligatorischen „Wirkung" der Anfechtung zu sprechen.

Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand zu ermöglichen. Die Anfechtung ist die Geltendmachung des entsprechenden Anspruches durch den Konkursverwalter bezw. den benachteiligten Einzelgläubiger; sie ist bis zur Konkurseröffnung bezw. bis zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 AnfG gehemmt (und muß gerichtlich erfolgen). Die Rechtshandlung wird in ihrem Bestande durch die Anfechtung in keiner Weise berührt.

B. Die Wirkung der Anfechtung in der Praxis.

§ 9.

1. Die Wirkung im allgemeinen.

Die Wirkung der Anfechtung im einzelnen ergibt sich aus den §§ 37 ff. KO und 7 f., 11 AnfG.

a) § 37 (7) Abs. 1 bestimmt die Art und den Umfang der Rückgewährpflicht; bei der Konkursanfechtung besteht die Rückgewähr in dem Zurückgeben des Erlangten an die Konkursmasse, bei der Einzelanfechtung in dem Ermöglichen der Zwangsvollstreckung. Die Rückgewährpflicht an die Konkursmasse erstreckt sich auf den ganzen Erwerb, während der Einzelgläubiger die Zurückgewähr nur insoweit verlangen kann, als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Durch die Zurückgewähr soll die Konkursmasse bezw. das Schuldnervermögen in Hinsicht auf die Zugriffsmöglichkeit des oder der Gläubiger in den Zustand versetzt werden, in dem es sich befinden würde, wenn die anfechtbare Handlung unterblieben wäre[1]). Zurückzugewähren sind also z. B. auch die Nutzungen, die zu erlangen waren, auch wenn der Anfechtungsgegner sie tatsächlich nicht gezogen hat; Belastungen des Gegenstandes, die durch den Anfechtungsgegner erfolgt sind, sind wieder zu beseitigen. Andererseits ist nur das zurückzugeben, was aus dem Vermögen des Schuldners gekommen ist. So kann der Anfechtungsbeklagte, wenn durch seine Mittel der Wert der Sache erhöht ist, Ersatz der Aufwendungen verlangen[2]) und hat zum Schutze dieses Anspruches ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB[3]).

Aus § 37 Abs. 1 (7 Abs. 1) folgt weiter, daß der Rückgewähranspruch grundsätzlich auf Rückgewähr in Natur geht. Sobald aber diese unmöglich ist, kann die Anfechtungsverbindlichkeit nur durch Leistung des Wertersatzes erfüllt werden. Der Anfechtungsbeklagte

[1]) Begründungen S. 21 f. bei Hahn S. 743 1; Jaeger KO § 37 Anm. 10; Petersen-Kleinfeller KO § 37 Anm. 3; Warneyer S. 161.

[2]) Abweichend nur Hartmann-Meikel S. 256 57; wie hier z. B. Jaeger AnfG S. 226; Falkmann S. 557/58; Schäfer S. 169.

[3]) Seuffert S. 222; Jaeger KO § 37 Anm. 12; Mentzel § 37 Anm. 1; a. M.: z. B. Warneyer S. 159; Riehl S. 522; OLG Karlsruhe, DJZ 06 S. 770.

haftet für Ersatz des Wertes, den der Anfechtungsgegenstand für den Anfechtungsberechtigten haben würde, auch wenn die Unmöglichkeit der Naturalrestitution ohne sein Verschulden eingetreten ist, es sei denn, daß die Sache auch beim Schuldner noch vor ihrer Verwendung zur zwangsweisen Befriedigung des Anfechtenden untergegangen wäre[1]). Der Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes muß der der Anfechtung sein; der Anfechtungskläger soll ja so gestellt werden, wie wenn der Anfechtungsgegenstand noch zum Vermögen des Schuldners gehörte[2]).

Ob im übrigen auf die Anfechtungsverbindlichkeit die allgemeinen Vorschriften des BGB über die Verpflichtung zur Leistung (§§ 241 ff.) Anwendung finden, ist bestritten. Da diese Vorschriften für alle Schuldverhältnisse des bürgerlichen und z. T. auch des öffentlichen Rechts gelten, ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch hier heranzuziehen sind, soweit sie mit der Natur des Rückgewährschuldverhältnisses und den ausdrücklichen Vorschriften der KO und des AnfG zu vereinbaren sind[3]); mithin bestimmen sich z. B. die Folgen des Verzuges und der Rechtshängigkeit nach Maßgabe der §§ 284 ff., 291 f. BGB. Insofern ist jedoch der Gegenansicht beizupflichten, daß in Bezug auf den eigentlichen Umfang und die Art der Rückgewähr die Vorschriften der KO und des AnfG allein maßgebend sind.

Abweichend hiervon regelt der Abs. 2 der §§ 37 KO und 7 AnfG die Rückgewähr für den Fall des gutgläubigen Erwerbs einer unentgeltlichen Leistung, für deren Rückerstattung der Anfechtungsgegner nur in Höhe der Bereicherung haftet.

b) Auf die übrigen Wirkungen der Anfechtung braucht hier nicht ausführlich eingegangen zu werden, da sie sich aus den folgenden Paragraphen klar ergeben. So schreibt § 38 KO (§ 8 S. 1 AnfG) vor, daß die Gegenleistung aus der Masse zu erstatten ist, soweit sie sich noch in ihr befindet, im übrigen aber nur als Konkursforderung geltend zu machen ist, bezw. daß der Schuldner zur Rückerstattung der Gegenleistung verpflichtet ist.

Bestand die angefochtene Rechtshandlung in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, so lebt nach § 39 KO und § 8 Satz 2 AnfG die

---

[1]) Jaeger AnfG S. 228 Anm. 17; Hartmann-Meikel S. 251; Riehl, Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 192; Warneyer S. 155.

[2]) Jaeger KO § 37 Anm. 18; AnfG. S. 229; a. A. die herrschende Meinung, z. B. Hartmann-Meikel S. 249; Warneyer S. 155; Schäfer S. 175; RG in LZ 1910 S. 866/7 Nr. 10 Abs. 2.

[3]) So Jaeger KO § 37 Anm. 9; Wilmowski § 7 AnfG Anm. 4; Seuffert S. 221 ff.; RG in LZ 1916 Sp. 402; a. A. Hartmann-Meikel S. 230; Warneyer S. 147; Petersen-Kleinfeller § 37 Anm. 2 N. 4.

Forderung gegen den Schuldner wieder auf und zwar erst, wenn der Anfechtungsbeklagte seine Rückgewährpflicht erfüllt hat.

§ 10 KO (§ 11 AnfG) schließlich bestimmt die Wirkung der Anfechtung gegenüber einem Rechtsnachfolger des Erwerbers: der Erbe tritt nach Abs. 1 in das zwischen Erwerber und Anfechtungsberechtigtem bestehende Schuldverhältnis an die Stelle des ersteren ein. Zwischen Einzelrechtsnachfolger und Anfechtungsberechtigtem entsteht dagegen ein neues Schuldverhältnis, und zwar sobald die Voraussetzungen des Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3 vorliegen, aber nur wenn die Anfechtbarkeit auch gegen den ersten Erwerber begründet war[1]). Daneben bleibt dessen Haftung bestehen, sofern dieser nicht nach § 37 (7) Abs. 2 nur in Höhe der Bereicherung haftet und er die Sache unentgeltlich weitergegeben hat. Soweit sich diese beiden Verbindlichkeiten decken, besteht ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis nach § 421 BGB; denn sobald der eine Teil erfüllt hat, kann der Konkursverwalter bezw. der anfechtende Einzelgläubiger nichts mehr beanspruchen, da die Benachteiligung, die durch die Veräußerung eingetreten war, ausgeglichen ist[2]).

§ 10.
2. Anwendung der Obligationstheorie auf bestimmte Fälle.

In den folgenden Ausführungen soll nur noch auf solche spezielle Fälle eingegangen werden, bei denen der Unterschied zwischen obligatorischer und dinglicher Wirkung praktisch von Bedeutung wird. Es wird sich dabei zeigen, ob die Obligationstheorie wirklich zu weniger brauchbaren Ergebnissen führt als die Dinglichkeitstheorie[3]).

a) Hier kommt einmal der Fall in Betracht, daß die Auflassung eines Grundstückes oder eine sonstige Grundbucheintragung angefochten wird. Da das der Eintragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft durch die Anfechtung in keiner Weise in seinem Bestande berührt wird, stimmt das Grundbuch mit der materiellen Rechtslage nach wie vor überein. Der Anfechtungsberechtigte kann also vom Anfechtungsgegner nicht die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches nach § 894 BGB oder die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB verlangen. Der auf Herausgabe gerichtete Anfechtungsanspruch kann aber durch einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO, der eventuelle

[1]) Jaeger, KO § 40 Anm. 12, AnfG § 11 Anm. 7.
[2]) Derf. a. a. O. Anm. 22 f.; Wolff § 10 Anm. 2; Mentzel § 40 Anm. 3; Wilmowski § 10 Anm. 10; Warneyer S. 177; Schäfer S. 222; a. A. natürlich die Vertreter der Dinglichkeitstheorie, z. B. Hellmann, S. 368.
[3]) So Otte S. 49; Hellmann, Lehrb. S. 376.

Wertersatzanspruch durch dinglichen Arrest (§ 916 ZPO) gesichert werden. Auf Grund der einstweiligen Verfügung kann dann bei der Konkursanfechtung eine Vormerkung eingetragen werden (§§ 883 ff. BGB)[1]; denn durch eine solche wird der Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums oder des sonstigen Rechts gesichert. Bei der Einzelanfechtung dagegen geht der Anspruch nicht auf Rückübertragung, sondern nur auf Ermöglichung der Zwangsvollstreckung; ein solcher Anspruch kann durch eine Vormerkung nicht gesichert werden. Hier kann die Sicherung des Anspruches dadurch erfolgen, daß dem Anfechtungsgegner gemäß § 938 ZPO durch die einstweilige Verfügung verboten wird, das Grundstück zu veräußern oder zu belasten u. dergl.[2]) Eine solche Verfügungsbeschränkung kann in das Grundbuch eingetragen werden und wirkt dann nach § 892 Abs. 1 Satz 2 auch gegenüber einem Dritterwerber.

b) Eine weitere Folge der nur obligatorischen Wirkung der Anfechtung ist, daß die durch den angefochtenen Erwerb erworbene Sache bei Weiterveräußerung durch den Anfechtungsgegner im Laufe des Anfechtungsprozesses nicht zu einer streitbefangenen Sache im Sinne des § 265 ZPO wird[3]). Mithin kommen die §§ 325 (Rechtskraft), 727, 730 (vollstreckbare Ausfertigung), 750 (Zwangsvollstreckung) ZPO gegenüber dem Erwerber nicht zur Anwendung.

c) Wenn über das Vermögen des Anfechtungsgegners das Konkursverfahren eröffnet wird, bildet der Rückgewähranspruch kein Aussonderungsrecht[4]) oder etwa Absonderungsrecht[5]), vielmehr kann er nur als Konkursforderung geltend gemacht werden[6]).

Diese beiden letzten Folgerungen sind auch vom rechtspolitischen Standpunkte aus durchaus zu billigen; denn es können nicht nur die anfechtungsberechtigten Gläubiger einseitig begünstigt werden, auch auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs muß Rücksicht genommen werden.

d) Auch das Reichsgericht versagt in ständiger Rechtsprechung[7]) dem anfechtenden Gläubiger oder Konkursverwalter ein Aussonderungsrecht aus der Konkursmasse des Anfechtungsgegners; dagegen gibt es ihm das Recht, auf Grund seines Anfechtungsrechts die Widerspruchs-

[1]) Jaeger, KO § 20 Anm. 14; Mentzel § 37 Anm. 4 a. E.; Wolff § 29 Anm. 13.

[2]) Jaeger, AnfG S. 63 f.; Warneyer S. 37, 52; Staudinger (9. Aufl.) zu § 883 S. 176; RG 56, 11; 60, 424; 67, 39. Abweichend Kaufmann (JW 1920 S. 1023), der Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 932 ZPO für zulässig hält.

[3]) Jaeger, KO § 29 Anm. 15, AnfG § 1 Anm. 22; Seuffert S. 220; Warneyer S. 36; Schäfer S. 36; RG 34, 59.

[4]) So die Vertreter der Dinglichkeitslehre, z. B. Hellmann, Lehrb. S. 365.

[5]) Reichmayr S. 67.

[6]) Jaeger, KO § 29 Anm. 16, AnfG § 1 Anm. 23; Wolff § 29 Anm. 13; Warneyer S. 36 u. a.

[7]) z. B. RG 13, 6; 40, 6.

klage nach § 771 ZPO zu erheben, wenn in den Anfechtungsgegenstand von dritter Seite die Zwangsvollstreckung betrieben wird[1]). Hierin liegt eine gewisse Inkonsequenz; denn das Recht, auf Grund dessen nach § 13 KO die Aussonderung erfolgt, und das die Veräußerung hindernde Recht des § 771 Abs. 1 ZPO müssen Rechte gleicher Art sein. Zwar kann dieses Recht auch obligatorischer Natur sein, sofern aus ihm hervorgeht, daß die gepfändete Sache nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, z. B. der Herausgabeanspruch eines Verleihers oder Vermieters. Nicht berechtigt zur Widerklage jedoch ein bloß persönliches Recht auf Leistung, wie z. B. der Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Erben, da hier die Sache auch in wirtschaftlicher Hinsicht noch zum Vermögen des Schuldners gehört[2]). Gerade ein solcher Anspruch ist auch der Anfechtungsanspruch, bis zur Rückgewähr gehört der Anfechtungsgegenstand in jeder Hinsicht zum Vermögen des Anfechtungsgegners[3]). Die Zwangsvollstreckung des Dritten in den anfechtbaren Erwerb kann also nicht durch Widerspruchsklage im ausschließlichen Gerichtsstande der Zwangswirtschaft (§ 771 Abs. 1, § 802 ZPO) angegriffen werden, sondern nur auf dem Wege einer einstweiligen Verfügung nach §§ 938, 940 ZPO im allgemeinen Gerichtsstand des Anfechtungsgegners[4]). Die abweichende Rechtsprechung des Reichsgerichts erklärt sich aber nicht aus einer Ablehnung der Obligationstheorie, sondern wohl aus einer offenbar zu weit gehenden Auslegung des Begriffes „ein die Veräußerung hinderndes Recht“[5]).

e) Schließlich sei noch auf den Unterschied hingewiesen, der sich bei Anwendung der beiden Theorien auf die Anfechtung von Belastungen des Schuldnergrundstückes mit einer Hypothek oder Grundschuld ergibt; denn gerade in diesem Falle ist dieser von erheblicher praktischer Bedeutung, und es wird sich zeigen, daß hier die Dinglichkeitstheorie bei konsequenter Durchführung praktisch versagt.

---

[1]) RG 30, 397; 40, 372; 42, 346; LZ 10 Sp. 226; 15 Sp. 1527; JW 01 S. 330 Nr. 13. Ebenso auch Stein-Jonas Bd. II § 771 S. 58314; Mentzel § 29 Anm. 5 b 2; Wilmowski § 29 Anm. 16; Sarwey-Boßert § 29 Anm. 3; Warneyer S. 36.

[2]) Stein-Jonas Bd. II S. 583.

[3]) Anders nach der Dinglichkeitstheorie. Wenn Jaeger, KO § 29 Anm. 17 (S. 494) und AnfG S. 67 Nr. 1, ausführt, auch nach dieser Lehre wäre die Anwendung von § 771 nicht gegeben, so verwechselt er, daß hier nicht der Gemeinschuldner, sondern der Anfechtungsgegner Vollstreckungsschuldner ist.

[4]) Jaeger, KO § 29 Anm. 17, AnfG S. 65 ff.; Hartmann-Meikel S. 44 f.; Petersen-Kleinfeller § 29 Anm. 17; Langheineken S. 120; Schäfer S. 76/7; Wernecke LZ 1912 Sp. 825 f. 893; Goldschmidt S. 243; Falkmann S. 432 f.; Riehl, Gruch. Beitr. Bd. 53 S. 541; Seuffert S. 220; Menzel S. 296; OLG Bd. 20 S. 344; Bd 29 S. 197.

[5]) Martin Wolff, ZZP Bd. 36 S. 185.

Nach der Dinglichkeitstheorie würde durch die Anfechtung die Belastung beseitigt, das Grundbuch könnte durch Löschung der Eintragung nach § 894 BGB berichtigt werden. Zwar soll die Unwirksamkeit der Eintragung nur den Gläubigern gegenüber bestehen; doch wäre bei Löschung der angefochtenen Belastung ein Aufrücken unanfechtbarer Nachbelastungen eine notwendige Folge. Es könnte also der Fall eintreten, daß der Erfolg der Anfechtung nicht dem Anfechtungsberechtigten, sondern lediglich einem unbeteiligten Dritten zugute kommt, wenn z. B. der Erlös aus der Zwangsversteigerung des Grundstückes nur zur Befriedigung der Hypothekengläubiger, bei denen die Voraussetzungen der Anfechtung nicht vorliegen und die das Grundstück zur Zwangsversteigerung gebracht haben, ausreicht. Der Zweck der Gläubigeranfechtung ist jedoch, die Zugriffmasse des anfechtenden Gläubigers zu vergrößern; mit Recht kann man also hier von einem „unhaltbaren und unbilligen Ergebnisse der Dinglichkeitslehre“[1]) sprechen.

Dagegen wird die Obligationstheorie dem Interesse des Gläubigers durchaus gerecht. Da der Anfechtende durch die Anfechtung grundsätzlich nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht erfolgt wäre, ergeben sich hier wesentliche Unterschiede in der Wirkung der Anfechtung, je nachdem sie innerhalb oder außerhalb des Konkurses erfolgt.

Bei der Konkursanfechtung besteht die Rückgewähr darin, daß der Anfechtungsgegner auf die für ihn eingetragene Belastung verzichtet[2]); dadurch erwirbt sie der Grundeigentümer (§§ 1168, 1192 BGB), d. i. der Gemeinschuldner, eine Hypothek wird zur Eigentümergrundschuld (§ 1177). Der gleiche Erfolg tritt ein, wenn nicht die Hypothek sondern die Begründung der ihr zugrunde liegenden Forderung angefochten wird; dann ist der Anfechtungsgegner verpflichtet, auf diese Forderung zu verzichten, die Hypothek wird nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld. Diese fällt aber nicht in das verfügungsfreie Vermögen des Gemeinschuldners; da der Verzicht gemäß § 37 KO zugunsten der Konkursmasse zu erfolgen hat, ist der Konkursverwalter zur Verfügung darüber berechtigt (§ 6 KO). Nach § 113 Ziff. 2 KO kann unter Umständen ein solcher Konkursvermerk auch im Grundbuch eingetragen werden. Folgen keine weiteren Belastungen, so kann der Konkursverwalter die angefochtene Belastung im Wege des Verzichts und der Löschung beseitigen (§§ 875 BGB

[1]) RG 91, 369.

[2]) Jaeger, KO § 29 Anm. 26 f.; Mentzel § 29 Anm. 4; RG 47, 222; 91, 370.

19, 40, 17 Abs. 1 GBO). Betreibt dagegen ein nachfolgender Realgläubiger die Zwangsversteigerung, so muß das Eigentümerpfandrecht bei der Feststellung des geringsten Gebots (§ 11 ZVG) berücksichtigt werden und bleibt bei Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten von Bestand (§ 52). Ist dem Konkursverwalter damit nicht gedient, da er die Konkursmasse, zu der auch die Eigentümergrundschuld gehört, möglichst schnell zu Geld machen will, kann er nach § 59 ZVG die Auszahlung als Versteigerungsbedingung beantragen. Wenn die Zwangsvollstreckung bereits vor der Anfechtung erfolgt ist, tritt der Konkursverwalter an die Stelle des Anfechtungsgegners oder kann, falls die Auszahlung schon erfolgt ist, von diesem den Erlös als Wertersatz verlangen. Einen anderen Inhalt muß die Rückgewährpflicht bei der Einzelgläubigeranfechtung haben. Müßte der Anfechtungsgegner wie bei der Konkursanfechtung auf die Belastung verzichten, so wäre dem anfechtenden Gläubiger damit, daß der Schuldner ein Eigentümerpfandrecht, über das er vorläufig noch frei verfügen kann, erwirbt, in keiner Weise gedient. Auch eine Abtretung der Hypothek [1]) an sich oder Duldung der Zwangsvollstreckung in die Hypothek [2]) kann er nicht verlangen [3]); Abtretung oder Zwangsvollstreckung ist ohne Eingriff in die zugrunde liegende Forderung nicht möglich (§ 1153 Abs. 2 BGB), ein solcher Eingriff würde aber, wenn die Forderung unanfechtbar ist, über den in § 7 AnfG vorgeschriebenen Rückgewähranspruch hinausgehen [4]). Es wird ja auch nicht die Abtretung einer Hypothek als solche, sondern die Belastung des Grundstückes angefochten [5]). Diese Belastung muß demnach dem Gläubiger gegenüber so behandelt werden, als ob sie nicht erfolgt ist. Die Rückgewähr des Anfechtungsbeklagten zur Befriedigung des Klägers hat also in der Gestalt zu erfolgen, „daß der Beklagte von seinem begründeten Pfandrecht dem Kläger gegenüber keinen Gebrauch macht und auf diese Weise das Hindernis, welches durch die anfechtbare Handlung einer wirksamen Zwangsvollstreckung bereitet war, beseitigt" [6]). Nachfolgenden Belastungen gegenüber, deren Inhaber nicht angefochten haben, bleibt die angefochtene Belastung vollauf wirksam, schließt also diese von dem Versteigerungserlös aus, solange sie nicht vollständig gedeckt ist. Die Frage ist nur, wer an dieser Stelle der Hebungs-

[1]) So Linsmayr S. 105.
[2]) Sydow-Busch, AnfG § 7 Anm. 4 S. 534.
[3]) RG JW 1928 S. 1346.
[4]) OLG Bd. 35 S. 268.
[5]) Bartmann, DJZ 1929 S. 1678.
[6]) RG 47, 222; so auch Hartmann-Meikel S. 238; Jaeger, AnfG § 1 Anm. 28; Schäfer S. 79; Warneyer S. 153; Bartmann a. a. O.; Lübtow JW 1930 S. 1480.

befugte ist[1]). Dies ist in Höhe seiner Forderung der Anfechtungsberechtigte; der Anfechtungsbeklagte ist also verpflichtet, einzuwilligen in die Auszahlung des bei der Zwangsversteigerung auf die angefochtene Hypothek entfallenden Erlöses bis zum Betrag der Forderung bezw., wenn die Auszahlung schon erfolgt ist, den Erlös herauszugeben[2]). Die Verpflichtung des Anfechtungsgegners, von der Belastung keinen Gebrauch zu machen, ist aber je nach Lage des Einzelfalles auch in anderer Weise zu erfüllen, zumal wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht betrieben ist[3]). Folgen hinter der anfechtbaren Belastung keine weiteren Belastungen, so kann hier der anfechtende Gläubiger verlangen, daß die Belastung bei der Feststellung des geringsten Gebots gemäß § 14 ZwVG außer Betracht bleibt (§ 59 ZwVG). Dadurch wird dem Gläubiger die wegen seiner Forderung zu betreibende Zwangsvollstreckung erleichtert. Wenn jedoch noch weitere Rechte folgen, würde die Nichtberücksichtigung nur deren Inhaber zugute kommen; hier bleibt die Belastung bestehen, soweit sie — was die Regel ist — durch Zahlung nicht zu decken ist (§ 52 ZwVG). Die Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses bleibt mithin gegenstandslos. In diesem Falle kann die Art der Rückerstattung nur in Wertersatz bestehen, da der anfechtende Einzelgläubiger nicht wie der Konkursverwalter die Auszahlung als Versteigerungsbedingung verlangen kann[4]). Ersteigert der Anfechtungsgläubiger selbst das Grundstück, dürfte es allerdings am zweckmäßigsten sein, wenn der Anfechtungsbeklagte wie bei der Konkursanfechtung in Höhe der Forderung auf die Belastung verzichtet. Durch den Verzicht wird in dem Bestande der persönlichen Forderung des Hypothekengläubigers gegen den Schuldner nichts geändert. Diese Schuld wird nicht etwa, wie es v. Lübtow[5]) annimmt, vom Anfechtungskläger als Erwerber des Grundstücks nach Maßgabe des § 53 ZwVG übernommen; denn gerade dieser soll ja infolge der Anfechtung so gestellt sein, als ob die Belastung nicht erfolgt ist. Dem Hypothekengläubiger bleibt also der Schuldner ebenso verhaftet, als wenn die Forderung nie durch die Forderung gesichert wäre.

---

[1]) RG 70, 114.
[2]) RG JW 1928 S. 1346.
[3]) v. Lübtow, JW 1930 S. 1480 f.
[4]) Vgl. oben S. 50.
[5]) JW 1930 S. 1481.

Fällt die angefochtene Belastung nicht in das geringste Gebot, so hat der Anfechtungsgegner im Verteilungsverfahren (§§ 115 ff. ZwVG) hinter dem anfechtenden Gläubiger zurückzutreten und die Zuweisung des auf die Hypothek etwa entfallenden Erlöses in Höhe der Forderung an ihn zu bewilligen.

Lebenslauf.

Ich bin am 6. Februar 1909 zu Stralsund als Sohn des damaligen Bankdirektors, jetzt verstorbenen Rechtsanwaltes Otto Wendt geboren. Seit Ostern 1915 besuchte ich die Vorschule, dann das Friedrich-Werdersche Gymnasium zu Berlin. Anfang 1924 kam ich nach Rostock, wo ich im März 1927 an der Großen Stadtschule (Gymnasium) die Reifeprüfung bestand. Von Ostern 1927 bis Ostern 1931 studierte ich Jura an den Universitäten München und Rostock. Ende März 1931 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, seit Mai 1931 bin ich am Amtsgericht Rostock als Referendar tätig. Am 31. Juli 1931 bestand ich das juristische Doktorexamen.